

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA**



**A (IN) IMPUGNABILIDADE CONTENCIOSA DO MÉRITO DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS**

TESE APRESENTADA NO
MESTRADO PROFISSIONALIZANTE
EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Por Susana Maria Bonifácio Ramos
sob a orientação do
Professor Doutor João Miranda

Lisboa 2019

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**A (IN) IMPUGNABILIDADE CONTENCIOSA DO
MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

Lisboa 2019

Declaração de Compromisso Antiplágio

Eu, Susana Maria Bonifácio Ramos, declaro por minha honra que o documento intitulado A (IN) IMPUGNABILIDADE CONTENCIOSA DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS corresponde ao resultado da investigação por mim desenvolvida enquanto aluna do Curso de Mestrado Profissionalizante em Direito Administrativo, ministrado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e que é um trabalho original, em que todos os contributos estão corretamente identificados em citações e nas respetivas referências bibliográficas.

Tenho consciência que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética, moral e legal.

Lisboa, 1 de julho de 2019

Susana Maria B. Ramos

Agradecimentos

A realização do presente trabalho foi possível graças à orientação do Senhor Doutor João Miranda, a quem muito agradeço a crítica e o incentivo à investigação.

Agradeço ao Carlos, que me inspirou o tema, por ter preferido uma posição de honra, ao desgaste do insucesso, quase certo, da impugnação de um ato arbitrário, tomado por ato discricionário.

À minha família, um especial obrigada pela ajuda e compreensão.

Índice

INTRODUÇÃO	1
TÍTULO I - A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	5
CAPÍTULO I – OS CONTORNOS E A EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DO CONCEITO	5
CAPÍTULO II – AS ETAPAS DA ADMISSIBILIDADE PELO REGIME LEGAL PORTUGUÊS	17
CAPÍTULO III – A DISTINÇÃO ENTRE ALGUMAS DAS FIGURAS AFINS ...	24
CAPÍTULO IV – AS RAZÕES E OS MARCOS, DA SEPARAÇÃO DE PODERES, DAS RESERVAS E LEGALIDADE.....	26
CAPÍTULO V – A DISCRICIONARIEDADE E OS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	31
SÍNTESE CONCLUSIVA.....	37
TÍTULO II - A SINDICABILIDADE DO MÉRITO DISCRICIONÁRIO.....	43
CAPÍTULO I – ANÁLISE EMPÍRICA DO ÂMBITO DO CONHECIMENTO JUDICIAL SOBRE O MÉRITO DOS ATOS DISCRICIONARIOS – NO CASO DA ESCOLHA ENTRE PARES, NAS PROMOÇÕES DA CARREIRA DIPLOMATICA COMO NOOUTRAS CARREIRAS ESPECIAIS.	43
CAPÍTULO II – O SENTIDO DA EVOLUÇÃO DAS GARANTIAS DOS PARTICULARES SOBRE O MÉRITO DA ADMINISTRAÇÃO.....	53
CAPÍTULO III – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES OS REFLEXOS DESSE SENTIDO QUANTO AO CONHECIMENTO JUDICIAL DO MÉRITO DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS.	57
CAPÍTULO IV – A OPORTUNIDADE E EVENTUAL EXIGIBILIDADE DE INCREMENTO DA SINDICABILIDADE DO MÉRITO E DA SUA FUNDAMENTAÇÃO.....	63
SÍNTESE CONCLUSIVA	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
BIBLIOGRAFIA	78
ÍNDICE DE APÊNDICES	
APÊNDICE A — Jurisprudência Seleccionada Sobre a Progressão na Carreira Diplomática.	
APÊNDICE B — Jurisprudência Seleccionada Sobre a Promoção por Escolha dos Militares das Forças Armadas.	

Resumo

A presente tese de mestrado, elaborada sob o título “*A (Im) Impugnabilidade Contenciosa do Mérito dos Atos Administrativos*” visa responder à questão acerca da necessidade e possibilidade do conhecimento judicial sobre o mérito ou margem de livre decisão, concedida pelo legislador, mediante a oportunidade de juízos de conveniência pela Administração, para além daquilo que se encontre legalmente vinculado.

Não se trata de uma questão nova, mas é uma questão sobre a qual a doutrina tem evoluído e aperfeiçoado o seu entendimento e perante a qual se colocam novos desafios, a partir das últimas reformas do contencioso e do procedimento administrativo portugueses. Questão perante a qual entendemos que se destaca a concretização dos princípios constitucionais da tutela jurisdicional efetiva e da plena jurisdição, bem como a introdução de novos princípios da atividade administrativa.

Após a compreensão concetual da figura, pela análise do seu contexto, através da evolução acerca do seu alcance e da sua distinção perante figuras afins, procurámos compreender as condições atualmente impostas no ordenamento jurídico nacional, através dos princípios da legalidade e da separação de poderes e de outros princípios da atividade administrativa.

Partimos, depois, para uma análise empírica acerca da jurisprudência emitida ao longo dos últimos anos sobre um determinado tipo de atos administrativos discricionários, os atos de escolha entre pares para efeitos de promoção na carreira diplomática, como noutras carreiras especiais em que o procedimento ocorre de forma semelhante, com o propósito de constatar quais têm sido as questões judicialmente sindicadas a propósito da margem de mérito deste tipo de atos.

Constámos aquilo que consideramos ser uma posição muito tímida dos tribunais, mas também dos próprios administrados, por a questão controvertida, quase sempre, se encontrar limitada à aferição da fundamentação, sendo raros, ou mesmo inexistentes, os casos em que se colocam questões de desvio de poder e de erro grosseiro ou, mais raros ainda, de violação de princípios gerais da atividade administrativa.

E, por isso, procurámos encontrar o possível alcance da última evolução do ordenamento jurídico português no sentido do aumento das garantias dos particulares,

investigando os possíveis reflexos dessa evolução sobre o conhecimento judicial do mérito dos atos discricionário.

Concluimos que existem possíveis reflexos, os quais deverão impor o reforço de exigências sobre os juízos de conveniência e oportunidade que a Administração possa emitir no âmbito do mérito legalmente concedido, nomeadamente através da exigência de termos específicos sobre o conteúdo da fundamentação, que deverão permitir aferir a conformidade do ato perante a lei habilitante e, sobretudo, perante os princípios gerais conformadores da atividade administrativa.

Palavras-chave:

Discricionariedade Administrativa; Mérito da Decisão Administrativa; Impugnação do Mérito Administrativo.

Abstract

The present thesis, with the title "The (In) Impossibility of Contesting the Merit of Administrative Acts" aims to answer if there is a need to have judicial knowledge, in addition to what is legally guaranteed and granted by the legislator, regarding the limits of autonomous decisions that allow for judgments of convenience made the Administration.

This is not a new issue, but it is one on which doctrine has evolved and improved its understanding and which presents new challenges. Reforms in the Portuguese litigation and administrative procedures, concrete implementation of constitutional principles for the effective judicial protection and complete jurisdiction, as well as the implementation of new principles for administrative activity have also been introduced.

After understanding the architecture, its scope and evolution, its distinction with other related instruments, we sought to fully understand the conditions imposed by the national legal system, the principles of legality, separation of powers and other principles of the administrative activity.

With the purpose of verifying what has been judicially syndicated and the boundaries of these administrative discretionary acts, we then proceeded with an empirical analysis of the jurisprudence in use over recent years for particular types of these acts, choices made between peers for the purpose of allowing progression in diplomatic careers, as well as what takes place in other special careers in which the procedure is used in similar ways.

We also included what we consider to be a very timid position of the courts and the administrations themselves, because this controversial issue is almost always confined to establishing the framework, sometimes rare or even nonexistent. In some cases, it involved the misuse of power, committing gross error or even in rarer situations, the violation of general principles of law.

Therefore, we tried to find the possible scope of the last evolutions of the Portuguese legal system which increase the lawful guarantees of individuals, reflecting upon the evolution of this judicial knowledge required to evaluate the merit of discretionary administrative acts.

We concluded that there are possible impacts which may demand that, judgments of convenience and opportunity by the Administration, are made within the scope of the

legal merit granted, under well founded reasoning terms to allow us to measure the compliance of the act within the boundaries of the law and, above all, within the general principles that govern the administrative discretionary activity.

Key words:

Administrative Discretionary; Merits of Administrative Decision; Challenging Administrative Merit.

Lista de abreviaturas, siglas e acrónimos

CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativo
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
L	Lei
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul

INTRODUÇÃO

O controlo jurisdicional da discricionariedade administrativa não é um tema novo, sendo porventura um dos temas clássicos da dogmática jurídico-administrativa. Qualquer trabalho de investigação sobre o tema é, por isso um desafio, se se pensar que parece que já quase tudo se encontra dito.

Uma das questões que se coloca a propósito deste tema, senão a principal, é a de saber até onde é que um ato administrativo pode ser judicialmente sindicado, ou qual o limite do poder de controlo dos tribunais sobre a atividade administrativa.

A sindicabilidade dos atos discricionários e, concretamente, dentro destes, a sindicabilidade do seu mérito, constituído pelos juízos de conveniência e oportunidade legalmente admitidos, é uma questão que se coloca de forma recorrente, em relação a atos proferidos pela Administração, nas mais diversas matérias administrativas, sempre que se verifique a margem legal de livre decisão da Administração.

Margem em relação à qual a garantia de controlo judicial da atividade administrativa se encontra obrigada a respeitar o princípio da separação de poderes, numa posição de equilíbrio e contenção.

Sobre essa margem tem sido posição unânime da doutrina e da jurisprudência que, embora a função administrativa não se encontre expressamente reservada pela Constituição da República Portuguesa (CRP) aos órgãos administrativos, os tribunais também não podem ir além do conhecimento sobre a legalidade e, quando muito, sobre a realização de fins de interesse público, estando impedidos de controlar o mérito, a conveniência ou oportunidade da atuação da Administração, para além das vinculações legais e dos limites jurídicos que sobre estas se imponham.

Trata-se de uma limitação que decorre do princípio da separação de poderes, corolário do Estado de Direito, acolhido nos termos dos art.º 2.º e 111.º da CRP.

Limitação, perante a qual a única sede em que se mostra possível o controlo do mérito e da livre decisão da Administração por um órgão diferente do decisor é a do recurso para um órgão superior, dentro da própria Administração. Trata-se da sede da impugnação administrativa graciosa. Na qual, por vezes, não se permite ir além da reclamação, quando se trate de atos de órgãos de topo da Administração, cujas decisões só já possam ser contenciosamente recorríveis.

É perante essa impossibilidade de reapreciação do mérito da Administração pelos tribunais e, por vezes, até mesmo perante a Administração, através de um outro órgão diferente do decisor, que consideramos que a discussão a propósito dos atos discricionários se mantém atual, sobre a qual ainda há questões a discutir.

A discussão parece-nos premente, sobretudo se nos recordarmos que a evolução do Direito Administrativo, nos últimos anos, permitiu o reforço das garantias dos particulares e um maior equilíbrio no exercício de direitos perante a Administração. Não podemos, pois, deixar de questionar a razão de ser daqueles casos em que o particular fica impedido de discutir ou impugnar um ato que afete diretamente a sua esfera jurídica, por a questão já se encontrar na margem de mérito ou livre decisão da Administração. Não deixando, ao mesmo tempo, de perceber a importância e necessidade da concessão da margem de mérito da decisão administrativa, sem a qual, muitas vezes, se cairia em situações de impasse da Administração.

Parece-nos, contudo, que a relação e o equilíbrio entre o estrito cumprimento dos princípios da legalidade e da separação de poderes, enquanto fundamentos do Estado de Direito, por um lado, e a necessidade de concessão do poder discricionário da Administração, mas também da tutela jurisdicional efetiva dos particulares e da plena jurisdição dos tribunais, por outro, nem sempre se mostram precisos e evidentes nos casos concretos. Da mesma forma que nem sempre é clara a fronteira entre a margem do mérito que a norma habilitante concede, o sentido do interesse público subjacente, a margem de afetação admissível sobre os direitos dos particulares, e os próprios limites da plena jurisdição e da tutela jurisdicional efetiva.

A identificação e eventual classificação das matérias em que se verifica a concessão pelo legislador de uma margem de livre decisão para a escolha pela Administração sobre a melhor forma de prossecução do interesse público, eventualmente, poderia relevar para a melhor compreensão da discricionariedade administrativa, de um modo que permitisse alcançar um possível critério subjacente a essa concessão e ao seu exercício. Mas, tal seria uma tarefa imensa e desrazoável, pelas inúmeras matérias onde a figura pode ser identificada.

O propósito da nossa investigação é bem mais modesto e limitado. Admitindo que a evolução do Direito Administrativos permite constatar uma crescente admissibilidade do conhecimento pelos tribunais sobre os aspetos vinculados das decisões discricionárias, e que, além disso, se constata uma tendência crescente para a impugnação de aspetos dos

atos administrativos que antes pareceriam inquestionáveis, precisamente, por se encontrarem justificados ao abrigo do refúgio do âmbito discricionário da Administração, a questão a que procuraremos responder através da presente investigação é a de saber qual a possibilidade, ou se faz sentido repensar, a margem de conhecimento pelos tribunais sobre o mérito das decisões discricionárias, para a melhor salvaguarda do direito à tutela jurisdicional efetiva dos particulares, dentro dos limites impostos pela separação de poderes.

Procurámos delimitar o objeto da nossa investigação ao mérito dos atos discricionários acerca da apreciação de trabalhadores para efeitos de evolução na carreira, a qual consideramos ser uma matéria particularmente sensível, onde, muitas vezes, as expectativas de carreira dos particulares são afetadas de forma determinante e definitiva.

Usando, como metodologia científica, o método qualitativo de estudo de caso, procurámos compreender até onde é que um ato administrativo pode ser judicialmente sindicado, pretendendo responder à questão de saber se faz sentido repensar a margem de conhecimento pelos tribunais sobre o mérito das decisões discricionárias, para a efetiva salvaguarda do direito à tutela jurisdicional efetiva dos particulares, dentro dos limites impostos pela separação de poderes. Isso, através de uma análise da jurisprudência portuguesa emitida a propósito de atos discricionários relativos à avaliação do mérito profissional para efeitos de promoção, que ocorre em moldes semelhantes em determinadas carreiras especiais. Neste caso, escolhemos a carreira diplomática, também referindo o caso da carreira militar, pelas semelhanças.

Tomámos o caso da carreira diplomática, por ser uma carreira especial, acerca da qual os tribunais se têm pronunciado sobre o conhecimento do mérito deste tipo de atos, analisando as principais decisões que têm sido proferidas.

Assumimos, assim, como objetivo central da investigação a avaliação do atual regime do mérito dos atos administrativos discricionários e a sua aferição perante o desenvolvimento das garantias administrativas dos particulares.

Com o propósito de alcance desse objetivo procurámos apresentar contributos para a questão de saber em que medida é que o regime se deve manter ou evoluir. Saber se se justifica repensar o atual regime do mérito dos atos administrativos discricionários, atendendo ao sentido da evolução das garantias administrativas dos particulares no Direito português.

O presente trabalho encontra-se organizado em dois títulos e nove capítulos.

Após a introdução, sobre a delimitação do objeto e a estrutura da investigação, no Título I, que designamos de Discricionariedade Administrativa propomos-mos compreender a figura do mérito dos atos discricionários da administração, analisando o âmbito e evolução do conceito, os marcos históricos do processo da sua admissibilidade no regime legal português, a sua distinção perante outras figuras jurídicas, para depois procurar os reflexos da legalidade, da separação de poderes e de outros princípios jurídicos, enquanto condicionantes dessa figura jurídica. Pretendendo, assim, saber o que é mérito do ato discricionário, o modo como tem sido concebido pela doutrina, as razões históricas, as razões que justificam sua admissão e os seus limites.

No segundo Título II, que designámos de Sindicabilidade do Mérito Discricionário, procurámos compreender qual tem sido o âmbito do conhecimento sobre o mérito dos atos discricionários, num caso concreto, o dos atos de escolha entre pares da mesma carreira sobre o mérito relativo entre pares para efeitos de progressão na carreira, como acontece na carreira diplomática, mas também na carreira militar e noutras carreiras especiais, e a partir dessa constatação procurámos, finalmente, concluir sobre a questão da eventual exigibilidade de incremento da sindicabilidade do mérito, através da percepção do sentido e reflexos daquilo que tem sido a evolução das garantias dos particulares no Direito Administrativo português. Pretendendo, assim, responder à questão sobre o alcance da sindicabilidade do mérito dos atos administrativos discricionários no ordenamento jurídico português.

TÍTULO I - A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I – OS CONTORNOS E A EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DO CONCEITO

A discricionariedade administrativa é hoje entendida como a margem de liberdade, concedida por lei, a um órgão da Administração, para a escolha sobre a decisão que entenda como a mais adequada à satisfação do interesse e da necessidade públicos. Não a concessão da livre escolha entre as diversas alternativas possíveis, mas a escolha pela alternativa que melhor satisfaça o interesse público. Trata-se de uma margem de liberdade concedida pelo legislador, que pode ser maior ou menor, consoante a margem de concessão, mas nunca de forma plena, por existir sempre uma margem de vinculação, pelo menos quanto aos princípios gerais da atividade administrativa.

Esse é o entendimento sobre âmbito e conceito de discricionariedade que, hoje, nos parece ser comumente aceite pela doutrina.

Mas o conceito de discricionariedade nem sempre foi entendido do mesmo modo, antes resultando de uma longa reflexão doutrinária, através da qual se foram colocando diferentes questões, muitas vezes influenciadas pela evolução da doutrina estrangeira.

Atualmente, em Portugal, uma das grandes referências doutrinárias sobre a matéria continua a ser a tese de doutoramento do Professor Sérvulo Correia¹, publicada em 1987, a propósito da autonomia contratual nos contratos administrativos, em que o Autor aborda a origem e fundamentos do princípio da legalidade administrativa, no ordenamento nacional e numa perspetiva comparada com os ordenamentos francês, alemão e italiano, encontrando os limites da autonomia pública exercida mediante atos administrativos, através do princípio da legalidade e da natureza funcional dos poderes administrativos.

Sérvulo Correia refere que a conceção segundo a qual cada norma que concede discricionariedade contém explícita ou implicitamente a indicação de um fim específico destinado a ser prosseguido pelo seu executor não é pacífica na doutrina estrangeira. Sobre essa questão, da discricionariedade concebida como escolha de fins, o Autor acompanha a posição de André Gonçalves Pereira, que sustenta a ideia de remissão do agente público para a necessária prossecução de um fim de interesse público mais vasto,

¹ Sérvulo Correia, José Manuel, 1987. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coleção Teses, Almedina, págs.171-172, 321, e 476-477.

que compreende todos os fins admissíveis, entre os quais deverá ser conseguida a prossecução ótima do fim público, genérico, a prosseguir por determinados objetivos diversos.

No seu estudo sobre a origem e a evolução histórica do conceito de discricionariedade administrativa, António Francisco de Sousa² também nos dá conta da evolução da questão nos diferentes sistemas do continente europeu, identificando muitas das questões debatidas.

Explica, por exemplo, a recusa da doutrina germânica em aceitar a conceção francesa do ato discricionário como ato totalmente livre e a sua preferência pelo conceito de poder discricionário, ao entender que não existem atos que, em todas as circunstâncias e em todo o seu alcance, sejam inteiramente discricionários.

Aborda a questão sobre o momento discricionário do ato e o reconhecimento pela doutrina de que a discricionariedade não existe apenas quanto ao fim do ato, mas sobretudo quanto aos meios, assim como o reconhecimento, pela doutrina e pela jurisprudência, de que a discricionariedade se encontra delimitada pelos deveres funcionais, ou dentro dos limites inerentes aos deveres funcionais da autoridade que a exerce e pela própria vontade do legislador, sem que se confunda, de modo algum, com um poder arbitrário ou ilimitado, isento de qualquer do controlo judicial.

A obra de Francisco de Sousa permite-nos compreender a origem da distinção entre competência discricionária e competência vinculada, a partir da qual se passou a falar de atos administrativos parcialmente discricionários e parcialmente vinculados. Permite, ainda compreender, o modo como a discricionariedade deixou de ser vista como um fenómeno de determinado tipo de atos, para passar a ser encarada como um fenómeno característico de quase todos os atos administrativos. O que reposicionou a temática, que deixou de estar centrada na questão de saber se um determinado ato é ou não discricionário, para se saber onde é que se encontra a fronteira entre a competência vinculada e discricionária. De modo que a discricionariedade administrativa deixou de ser vista como um espaço dentro do qual a Administração se podia movimentar livremente, num amplo espaço que permitia a violação dos direitos dos particulares, sem que estes se pudessem proteger através do recurso aos tribunais.

² Sousa, António Francisco de, 1987. *A Discricionariedade Administrativa. Origem e Evolução Histórica no «Sistema Continental Europeu». Estado atual dos reconhecimentos científicos. Considerações para o Estreitamento e Clarificação do Conceito de Discricionariedade Administrativa*, Lisboa, Editora Danúbio.

Sobre a procura de critérios e limites da discricionariedade, o Autor destaca tentativas como a da negação do ato discricionário através da vinculação ao fim da lei, a proibição da arbitrariedade e os princípios da proporcionalidade e igualdade. Entendendo que, apesar disso, tais limites não trouxeram clareza e segurança suficientes e que é preferível a procura do conteúdo do espaço discricionário, em vez dos seus limites, de modo a não perceber apenas se Administração é livre ou vinculada, mas antes em que medida o é.

A referida obra permite-nos, pois, constatar grande parte das questões suscitadas pela doutrina estrangeira.

Enquanto isso, é de registar a ampla evolução do pensamento doutrinário nacional sobre a questão, sendo vários os juristas portugueses da atualidade que se debruçaram sobre o conceito e que contribuíram para o seu aperfeiçoamento e densificação.

Entre os principais contributos da doutrina nacional conta-se a posição, mais tradicional, do Professor Marcello Caetano³, que admite que a atividade administrativa possa ser ou não vinculada, na medida em que as normas legais a estabeleçam, relativamente aos poderes a exercer, à forma do seu exercício, ao objeto ou ao, próprio, fim dos atos. Defendendo que é a necessidade de a Administração ter, frequentemente, que escolher entre várias decisões possíveis, sob circunstâncias variáveis e, por vezes, inesperadas, exige que a lei deixe, em certas ocasiões, uma certa liberdade de atuação aos órgãos.

Trata-se de liberdade de apreciação e decisão que, segundo Marcello Caetano, tanto pode incidir sobre a oportunidade de agir, como sobre o objeto ou a forma do ato, mas que impõe o respeito pelo fim de interesse público fixado por lei. Fim que, segundo o Autor, constitui o fundamento da atribuição dos poderes, e que passa a ser o valor jurídico em função do qual o ato deve ser apreciado.

Importar salientar que, segundo este Professor, a legalidade continua a existir mesmo nos casos em que exista uma ampla discricionariedade, na medida em que o poder discricionário só existe quando conferidos por lei ou quando, pelo menos, o fim do seu exercício seja fixado por lei, não deixando a discricionariedade de se encontrar balizada pela legalidade. Entendemos, por isso, que ao contrário do referido por alguns autores, a

³ Caetano, Marcello, 1973. *Manual de Direito Administrativo*, Vol I, 10.^a ed., 10.^a reimpressão, revista e atualizada por Freitas do Amaral, Almedina, pág. 213-215.

posição de Marcello Caetano não revela um entendimento sobre a discricionariedade como espaço de livre decisão ou de completa exceção ao princípio da legalidade.

Marcello Caetano distingue os poderes funcionais vinculados e discricionários, referindo que esse poder, que constitui o exercício de uma função, deve ser exercido sempre que o interesse do serviço o imponha, umas vezes segundo determinadas circunstâncias reguladas por lei, sob um determinado modo e conteúdo do ato, outras vezes sob a liberdade de apreciação acerca da conveniência e oportunidade, ou o modo de exercício e o próprio conteúdo do ato. Tratando-se de poder vinculado, na medida em que o seu exercício seja vinculado por lei, ou discricionário, quando a realização do interesse público protegido pela norma seja entregue ao critério do titular. Sobre o poder discricionário esclarece que este não perde o carácter funcional e que, por isso, mesmos os possíveis juízos de oportunidade e conveniência devem ser exercidos em função dos interesses e do fim em causa.

Marcello Caetano posicionou-se relativamente às correntes doutrinárias, então, distinguidas por André Gonçalves Pereira. Uma primeira corrente, que identificava a discricionariedade como a liberdade de escolha entre as possíveis determinações de meios e circunstâncias os vários comportamentos possíveis para o fim determinado; uma segunda corrente, que considera a discricionariedade como a operação intelectual de interpretação ou determinação do sentido dos conceitos vagos e imprecisos; e uma terceira, que considera que o cerne da discricionariedade é a remissão do agente para as normas extrajurídicas que podem ser técnicas, científicas ou de boa administração. Marcello Caetano assumiu-se com defensor da primeira corrente, que então constituía a corrente maioritária, esclarecendo que na competência de cada órgão se encontram poderes vinculados e poderes discricionários e que para a prática de um ato, a lei pode normalmente conferir uns e outros, pode conferir um poder discricionário quanto à forma ou quanto a certos aspetos do objeto, e poderes vinculados quanto a outros requisitos de validade do ato.

Creemos, pois, que a posição de Marcello Caetano não permite concluir que este considere a discricionariedade como sendo um espaço livre e isento de qualquer controlo. A sua posição mostra-se atual e nela se percebem as distinções entre o poder, a competência, o ato e o fim do ato, que são distinções particularmente importantes para a conceção do âmbito da discricionário.

Marcello Caetano optou, contudo, pela contraposição entre discricionariedade e interpretação de conceitos legais imprecisos, admitindo, no primeiro caso, uma escolha de conteúdo entre várias soluções possíveis e igualmente legítimas, no segundo caso, a vinculação à descoberta de uma única solução, considerada a correta.

O Professor Sérvulo Correia desenvolveu aquele conceito na sua tese de doutoramento, publicada em 1987⁴, fazendo a distinção sobre as modalidades de discricionariedade, a da margem de livre apreciação e a da livre decisão. A primeira, relativa à margem de apreciação na subsunção dos factos à norma, e a segunda relativa à liberdade de escolha na decisão final.

Nessa obra que, como dissemos anteriormente, constitui, ainda hoje, uma das referências doutrinárias sobre a matéria, Sérvulo Correia diferencia a designada autonomia pública, como a permissão da criação no âmbito dos atos administrativos, assim como nos contratos, dos efeitos jurídicos não predeterminados por normas jurídicas, ou margem de livre decisão na criação desses efeitos nas situações concretas, através de duas figuras distintas, a discricionariedade e a margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados.

Refere que a autonomia pública constitui um meio peculiar de aplicação de normas jurídicas dotadas de abertura. Salientado que essa autonomia conhece sempre uma margem de vinculação quanto aos pressupostos e aos efeitos de direito, sendo vinculada quanto ao fim e também na determinação do próprio conteúdo, mediante princípio gerais, como os da imparcialidade e da proporcionalidade.

O Autor desenvolve o seu entendimento, referindo que no exercício da discricionariedade a ponderação valorativa dos interesses no caso concreto e no completamento da previsão da norma, mediante o aditamento de novos pressupostos, integram uma decisão autodeterminada sem prejuízo da onipresente margem de vinculação. Pois entende que as normas jurídicas não constituem apenas um limite negativo da autonomia pública, mas também uma base específica e particularizada de cada um dos poderes em que essa autonomia se revela, enquanto limites positivos de finalidade, imparcialidade e proporcionalidade.

⁴ Sérvulo Correia, José Manuel, *in op. cit.*, pág. 377 e seg.

De outra forma, o Autor refere que no Direito português a discricionariedade não tem por limite interno apenas o fim visado pela norma que a confere, mas também o princípio da imparcialidade administrativa e da proporcionalidade.

E justifica o regime, por considerar que a discricionariedade e a margem de livre apreciação na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados materializam uma autonomia que o legislador não poderia recusar à Administração, sob pena de a privar da realização de uma tarefa do Estado que só ela pode desempenhar, valendo, assim como reserva de administração perante os tribunais.

Mais tarde, na sua obra sobre o direito do contencioso administrativo, publicada em 2005⁵, Sérvulo Correia esclareceu a sua tese e reiterando-a perante outras posições entretanto surgidas na doutrina.

Sérvulo Correia reitera que existem duas modalidades de margem de livre decisão administrativa em cujo controlo se põe com maior acuidade, pelo risco de que o juiz extravase do âmbito da função jurisdicional, que são a discricionariedade e a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados. Admite que existem tentativas para pôr termo a esta dualidade, através de uma visão monista, de acordo com a qual a identificação normativa de pressuposto do ato administrativo com emprego de conceitos indeterminados representaria uma única forma de concessão de discricionariedade. Mas entende que, apesar de existir muito em comum entre a discricionariedade e margem de livre apreciação de pressupostos, referidos através de conceitos jurídicos indeterminados, estas representam modalidades de um instituto mais amplo, que as agrupa simultaneamente com outras formas de habilitação normativa da administração, a margem de livre decisão. A este propósito o autor conclui que a discricionariedade e a margem de livre apreciação não devem ser confundidas, embora admita que a margem de livre apreciação possa coexistir com a discricionariedade no seio da mesma norma habilitante.

Uma dessas posições, a que Sérvulo Correia se refere, é a de Maria Francisca Portocarrero⁶, publicada num artigo a propósito da distinção entre discricionariedade e conceitos imprecisos, onde refere que o carácter falacioso das distinções artificiais entre hipótese e estatuição da norma legal para efeitos de sediar a discricionariedade, a qual

⁵ Sérvulo Correia, José Manuel, 2005. *Direito do Contencioso Administrativo*, Lex, Lisboa, pág. 393 e seg.

⁶ Portocarrero, Maria Francisca, 1998. *Discricionariedade e Conceitos Imprecisos: ainda fará Sentido a Distinção?* _Anotação ao Ac. do STA de 20.11.1997, P.39512, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 10, pág. 26 a 46.

tem que ser sempre compreendida unitariamente, seja ela conferida na estatuição ou antes na hipótese através de conceitos imprecisos.

Por sua vez, o Professor Vieira de Andrade⁷ considera que a discricionariedade não é uma liberdade, mas uma tarefa, uma função, que não pode ser confundida com o livre arbítrio, uma vez que a Administração pratica sempre decisões jurídicas, que concretizam o ordenamento jurídico e as suas escolhas no caso concreto.

O Autor refere-se à alteração de pressupostos em que se baseava a posição tradicional, na medida em que a interpretação não se reduz à determinação de uma vontade pré-existente, antes implicando uma concretização constitutiva nos casos concretos, por vezes através de conceitos vagos e imprecisos. Admitindo que na interpretação possa não haver uma única solução, não existindo, por isso, uma separação absoluta entre previsão e estatuição da norma legal, entre a cognição e a volição, ou entre interpretação e subsunção.

Entende que a discricionariedade não é uma escolha livre, entre uma série de soluções, todas elas igualmente legítimas, antes implicando a procura da melhor solução para a satisfação, no caso concreto, dos interesses públicos legalmente definidos, numa escolha orientada por princípios jurídicos.

Vieira de Andrade propõe, assim, um conceito amplo de discricionariedade como espaço de avaliação e decisão próprio, da responsabilidade da Administração, decorrente de uma indeterminação legal e sujeito a um controlo atenuado pelo juiz. Conceito que, entende, que engloba as faculdades de ação, em regra indicadas pelo elemento permissivo, os espaços de apreciação na aplicação de conceitos imprecisos de tipo, e as prerrogativas administrativas de avaliação processual. O que considera serem dimensões decisórias, que implicam a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa.

O poder discricionário não é, para Vieira de Andrade, um mal necessário que deva ser reduzido ao mínimo, antes tendo um papel positivo na realização do interesse público e dos interesses dos particulares.

Numa perspetiva distinta encontra-se o Professor Rogério Soares⁸⁹, o qual entende que as leis não podem ser uma figuração abstrata, até ao milímetro, do que irá ser cada um

⁷ Andrade, José Carlos Vieira, 2015. *A justiça Administrativa*, 14.ª edição, Almedina, Coimbra.

⁸ Soares, Rogério Ehrhardt, 1994. *Administração Pública e Controlo Judicial*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 3845, pág. 59 a 73

⁹ Soares, Rogério Ehrhardt, 1994. *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, pág.191.

dos atos administrativos e que, por isso, o papel da lei é o de ser um instrumento diretor e ordenador duma decisão que cabe à Administração. Considerando que a discricionariedade administrativa existe por uma razão prática que é a impossibilidade prática de a lei prever e regular todas as situações da vida, e por uma razão de ordem jurídica, que é a da discricionariedade visar assegurar o tratamento equitativo dos casos concretos, mas que a Administração se encontra subordinada ao Direito, mesmo onde lhe é reconhecida liberdade. Salienta que ao juiz cabe averiguar o modo como o agente cumpriu o seu dever, que isso não significa que lhe caiba interpretar o conteúdo das fórmulas atribuidoras de liberdade, sobrepondo-se à Administração, mas antes que a Administração se encontra obrigada a respeitar o que o Professor designa de princípios fundamentais materiais, os princípios da justiça, imparcialidade e proporcionalidade, e que é a forma como a Administração obedece a esses princípios que constitui o objeto do controlo pelo juiz. Embora, como diz o Professor, tal não signifique que se aceite a dissolução da discricionariedade da Administração para permitir um controlo substancial da conveniência dos atos.

Nesta matéria destaca-se, certamente, o Professor Freitas do Amaral¹⁰, que evoluiu no seu próprio pensamento, adotando hoje uma posição distinta da que defendia inicialmente.

Este autor desenvolveu a teoria de Marcello Caetano no sentido de que discricionariedade não corresponder exatamente a uma exceção ao princípio da legalidade, isenta de qualquer controlo judicial, admitindo que não há atos totalmente vinculados ou totalmente discricionários, e que todos os atos têm ambas as características, que todos os atos têm pelo menos dois elementos legalmente vinculados, que são o fim e a competência. Entendendo, que a distinção não deve ser feita relativamente aos atos, mas em relação aos poderes e que, embora os poderes discricionários não possam ser controlados pelos tribunais, o mesmo não acontece quanto aos aspetos vinculados dos atos, que nesse aspeto se encontram sujeitos ao controlo judicial.

Entretanto o Professor Diogo Freitas do Amaral desenvolveu o seu pensamento, falando de poder discricionário quando o seu exercício fique entregue ao critério do respetivo titular, que pode e deve escolher a solução a adotar em cada caso, como a mais

¹⁰ Freitas do Amaral, Diogo, 2016. *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II 3.^a edi., Almedina, Coimbra, pág. 65 a 75.

ajustada à realização do interesse público protegido pela norma que o confere. Entende que o poder discricionário não é livre, e que a escolha não é apenas vinculada pela competência e pelo fim, mas também, e sobretudo, pelos ditames dos princípios e regras gerais que vinculam a Administração, de modo que o órgão administrativo fica obrigado a encontrar, de entre as escolhas possíveis, a mais ajustada, aquela que se consubstancia na melhor solução para o interesse público.

Freitas do Amaral entende, assim, que o poder discricionário não é um poder livre dentro dos limites da lei, mas um poder jurídico delimitado pela lei.

De modo que, segundo este Autor, os aspetos vinculados do poder devem encontrar-se sujeitos a controlo de legalidade, pelo seu exercício ilegal, e os aspetos discricionários a um controlo de mérito, pelo seu mau uso.

Num enorme impulso doutrinário, o Professor Diogo Freitas do Amaral admite que não há controlo jurisdicional do poder discricionário, mas antes um controlo administrativo de mérito sobre o bom ou mau uso do poder, além do controlo jurisdicional de legalidade dos aspetos vinculados dos poderes discricionários.

Os Professores Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos¹¹ desenvolvem a questão do controlo do mérito. Entendem que esse controlo engloba a apreciação da oportunidade, que é a utilidade da atuação em concreto para a prossecução do interesse público visado pelo poder legalmente conferido por lei e da conveniência, que é a utilidade da atuação em concreto para a prossecução do interesse público, à luz dos demais interesses públicos envolvidos.

Conveniência e oportunidade de que os tribunais administrativos e fiscais não podem conhecer, por apenas poderem julgar do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam, em respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, conforme o n.º 1 do art.º 3.º do CPTA.

Rebelo de Sousa e Salgado Matos concordam e justificam a ausência de controlo jurisdicional da margem de mérito, ou da conveniência e oportunidade da discricionariedade da Administração, por entenderem que a atribuição de um poder discricionário a um órgão administrativo corresponde a um juízo do legislador, segundo

¹¹ Rebelo de Sousa, Marcelo e Salgado de Matos, André, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 3.ª ed., D. Quixote, pág. 159 a 232.

o qual o interesse público em causa seria melhor prosseguido pela Administração do que pelo próprio legislador ou pelos tribunais.

Falam também das razões práticas da discricionariedade, pela limitação da densidade normativa, e do princípio da separação de poderes, enquanto critério de distribuição racional das funções do Estado pelos seus órgãos da Administração, que justificariam a existência de uma margem de liberdade da Administração em face do legislador e do poder judicial.

De certa forma, o Professor Vasco Pereira da Silva¹² destaca-se, ao considerar que a Administração não é realmente livre, estando sempre vinculada, às regras de competência, ao princípio da legalidade e à prossecução do interesse público, entendendo que a discricionariedade não é sinónimo de liberdade, que não é comparável à livre vontade individual, uma vez que a vontade dos órgãos da Administração é uma vontade normativa, que vincula e responsabiliza a Administração.

Vasco Pereira da Silva diz que não é adequado falar-se em livre margem de apreciação, por considerar que as decisões da Administração se baseiam sempre em critérios que têm em vista a prossecução do interesse público e que não podem nunca violar normas jurídicas, quer infra, quer supraleais. Considera, por isso, que não há liberdade na discricionariedade, mas vinculação.

Referindo-se à tese do Professor Sérvulo Correia, o Professor Vasco Pereira da Silva entende que, para além das margens de decisão e de apreciação, há um outro momento que precede esses dois, que é o da interpretação da lei, que, por si só, é uma tarefa de natureza discricionária.

Entende que os tribunais controlam integralmente o poder vinculado e os vínculos do exercício do poder discricionário. Que todos os aspetos de um poder, quer sejam vinculados, quer discricionários, estão sujeitos a controlo jurisdicional, pois que todos esses aspetos estão subordinados ao Direito, apenas concedendo que o controlo jurisdicional será mais forte consoante vá aumentando a medida de vinculatividade de um poder.

Vasco Pereira da Silva aproxima-se da posição defendida por Freitas do Amaral, no que respeita aos vínculos que limitam toda a atividade administrativa, de onde não exclui

¹² Pereira da Silva, Vasco 2009. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Almedina, pág. 346 a 363.

a discricionariedade. Ambos os Professores concordam que, hoje, os poderes discricionários não são apenas sujeitos a controlo jurisdicional quanto ao fim e competência, como também, em virtude do alargamento do entendimento da legalidade quanto aos princípios gerais da Administração Pública, que impõem vínculos que surgem como autónomos e distintos.

Ainda a propósito da evolução doutrinária do conceito e das questões que têm vindo a ser colocadas a propósito da discricionariedade, cumpre referir o artigo do Professor Colaço Antunes¹³, acerca das dificuldades de distinção entre a discricionariedade e o mérito, quanto ao controlo jurisdicional da discricionariedade administrativa na perspetiva da doutrina e da jurisprudência alemãs, a qual considera ser uma dificuldade comum a toda a doutrina europeia, inclusive a portuguesa. O Autor define a discricionariedade como uma realidade que surge num momento que antecede o mérito, aquando do exercício do poder, que deve respeitar as regras procedimentais e os princípios fundamentais, considerando o mérito como o resultado final desse exercício, que consiste na escolha. Avançando com uma proposta hermenêutica, segundo a qual, embora a existência de um vício lógico não signifique necessariamente que o ato administrativo seja errado ou que não prossiga corretamente o fim público, podendo um procedimento viciado acabar por conduzir a uma decisão exata e justa, no caso da presunção de tal vício lógico ao juiz será permitido alterar a decisão, por tal vício permitir presumir que a escolha final se encontra errada, constituindo indícios do vício de legalidade, mas também de mérito. Admitindo a sindicabilidade do mérito através de um controlo indireto, entre a legalidade imediata e a juricidade, aferível através de uma lógica substantiva de probabilidade. Conclui que a atividade discricionária é essencialmente sindicável por vícios formais e de procedimento, enquanto o mérito o será por vícios materiais. Colaço Antunes acrescenta ainda que o juiz administrativo pode substituir-se plenamente à Administração na qualificação jurídica dos factos, sem com isso se constituir em juiz de mérito administrativo, ainda que se esteja perante conceitos jurídicos relativamente indeterminados, só admitindo que tal não aconteça quando estejam em causa conceitos absolutamente vagos, que remetam claramente para juízos discricionários. Entende que o nível de (in) determinação do preceito legal pode constituir

¹³ Colaço Antunes, 2011. *O Mérito Esse Objeto Jurídico Não Identificado*, in Revista do Ministério Público, n.º 128, pág. 83 a 116.

uma condição necessária para a sua correta interpretação, mas não é suficiente para limitar o controlo jurisdicional da sua aplicabilidade ao caso concreto. Julgando que o controlo jurisdicional pleno do facto e da sua qualificação jurídica, não se pode confundir com o controlo jurisdicional pleno do mérito.

Efetivamente as posições doutrinárias ensaiadas pela doutrina permitem-nos perceber muitas das questões que se têm colocado a propósito da discricionariedade administrativa e em que sentido é que o entendimento sobre elas tem vindo a evoluir. Admitindo-se que outras posições ainda pudessem ser referidas, por se tratar de uma questão transversal a diversas matérias administrativa, a propósito das quais, outros autores se vão referindo, de um modo mais específico.

Desde logo, entre as questões suscitadas compreende-se as dificuldades de delimitação, entre um conceito mais reduzido, que apenas inclui a ideia de discricionariedade enquanto margem de livre decisão legalmente concedida à Administração, e um conceito mais amplo, que admite que a discricionariedade possa ter diversas modalidades, além da liberdade de decisão, como a margem de apreciação na subsunção dos factos às normas ou a margem concedida pela interpretação de conceitos jurídicos indeterminados.

Compreende-se também a divergência sobre o alcance da discricionariedade, no sentido de esta constituir uma oportunidade de apreciação pela Administração, que também inclui uma livre oportunidade de decisão, ou se essa decisão se encontra antes vinculada, não existindo, em rigor, liberdade perante os fins jurídicos ou o interesse público fixado por lei, a que a Administração se encontra vinculada, mediante um poder funcional. No fundo, a divergência quanto a saber se a discricionariedade se pode encontrar nos fins, ou apenas quanto aos meios.

E, ainda, a questão de saber se a discricionariedade deve ser concebida como uma característica de determinado tipo de atos, ou se esta é um fenómeno transversal a todo o tipo de atos, dependendo antes do âmbito do poder da entidade administrativa

Atendendo ao objeto da nossa investigação o que nos importa, sobretudo, é perceber a evolução, bem descrita por Freitas do Amaral, no sentido de que a discricionariedade deixou de ser vista como um poder totalmente livre ou, mesmo, como um poder livre dentro dos limites da lei. Sendo, hoje, considerada um poder jurídico delimitado pela lei, passível de controlo judicial quanto à competência, quanto ao modo ou procedimento do

seu exercício, e mesmo quanto à prossecução dos fins, para quem não entenda que a discricionariedade inclui a possibilidade de ser a Administração a procurar os seus próprios fins, mas também, e sobretudo, quanto ao cumprimento dos princípios gerais de Direito.

Questão perante a qual se mostra determinante uma tomada de posição acerca da extensão da figura, quanto à sua admissibilidade, ou não, de qualquer margem de liberdade aquando da subsunção dos factos e da sua qualificação jurídica, num sentido amplo, ou apenas quando à admissibilidade da liberdade da escolha em sentido mais restrito, que pressupõe distinção do mérito, de modo distinto dentro da discricionariedade.

Pela nossa parte entendemos que a discricionariedade não se pode encontrar no ato, mas no poder da Administração, que deve ser aferido, em cada caso, pela competência do respetivo órgão; e que, além disso, esta não se encontra na oportunidade de apreciação, mas na livre oportunidade de decisão; decisão essa que nunca é totalmente livre, uma vez que além das regras que o legislador possa ter deixado previstas de modo expreso, sempre existirá a vinculação supletiva dos princípios gerais da atividade administrativa, a que a Administração não poderá deixar de atender; não se compreendendo, também, que possa existir qualquer discricionariedade quanto aos fins, mas apenas quanto aos meios.

CAPÍTULO II – AS ETAPAS DA ADMISSIBILIDADE PELO REGIME LEGAL PORTUGUÊS

Bernardo Diniz Ayala¹⁴ apresenta uma sistematização histórica dos limites gerais da margem de livre decisão administrativa portuguesa, através de seis momentos, que considera determinantes.

Segundo nos esclarece Ayala, desde a época do Estado de Polícia até meados do período liberal imperou a ideia de que a margem de livre decisão da Administração consubstanciaria um poder inato originário e livre de limitações, período que o Autor apelida de discricionariedade livre. O Autor delimita este período até 1850, aquando da aprovação do Regulamento do Conselho de Estado, pela competência atribuída a este órgão quanto aos atos administrativos feridos de incompetência ou excesso de poder.

¹⁴ Ayala, Barbardo Dinis, 1995. *O (défice) de Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lex.

Outro marco terá sido o da aprovação do Código Administrativo de 1895, através do qual foi estabelecida a regra dos tribunais administrativos não poderem nunca julgar da conveniência das decisões administrativas, passando-se da fase da livre prossecução do interesse público para a fase da admissão de um mero poder de apreciação discricionária da conveniência, dentro dos limites da lei.

O mesmo Autor refere a aprovação do Decreto 18017, de 28 de fevereiro de 1930, pela clarificação do conceito de excesso de poder, no sentido do exercício da faculdade discricionária fora do seu objeto e fim, confirmando-se que o fim é um limite permanente do exercício de poderes no quadro da margem de livre decisão administrativa.

Salienta a aprovação da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo, pelo DL 40768 de 8 de setembro de 1956, quanto à introdução da norma sobre a delimitação do conhecimento dos atos discricionários pelos tribunais apenas sobre o vício de desvio de poder.

Entretanto, como refere Ayala, o último grande marco na evolução dos limites do poder discricionário e do seu controlo judicial foi a CRP de 1976, pelas garantias judiciais dos particulares em face da livre decisão administrativa, como são o princípio do Estado de Direito Democrático, a garantia do controlo judicial da validade dos atos administrativos, as normas sobre restrições a direitos fundamentais, o direito de acesso à justiça, os princípios gerais da atividade administrativa, e os princípios da igualdade, imparcialidade, proporcionalidade, enquanto parâmetros conformadores de qualquer conduta administrativa.

Esta é a evolução histórica traçada por Ayala até à aprovação do Código do Procedimento Administrativo de 1991.

Freitas do Amaral¹⁵ é outro dos autores que se debruçou sobre esta evolução histórica, a qual considera caracterizar-se pelo progresso constante da ideia de subordinação do poder discricionário aos limites legais e ao controlo jurisdicional do respeito por esses limites.

Refere que na primeira fase do Estado de Polícia o poder administrativo era totalmente discricionário e que na segunda fase deste regime a ideia do poder do monarca como poder inato, não fundado na lei, continuou a subsistir, mas tendo como contraponto um conjunto de limitações impostas pelo princípio da legalidade.

¹⁵ Freitas do Amaral, Diogo, *op.cit.*, pág. 72 e 73.

Salienta o Código Administrativo Costa Cabral, de 1842, a partir do qual foi aberta a possibilidade de os particulares recorrerem para os tribunais administrativos, dos atos administrativos violadores das leis ou regulamentos administrativos. E a partir daí o Regulamento do Conselho de Estado, de 1850, pela competência atribuída sobre os atos administrativos feridos de incompetência ou excesso de poder, admitindo-os como aspetos vinculados do ato. Assim como o progresso do código administrativo de 1896, que aboliu a distinção entre administração pura e contenciosa, admitindo como fundamentos da impugnação, a incompetência, o excesso de poder e a violação de lei, mas sem que os tribunais pudessem julgar acerca da conveniência ou inconveniência das deliberações administrativas. Segundo o Professor, este último código constitui um enorme progresso, no sentido do aumento da vinculação da Administração, da diminuição da esfera da discricionariedade, e da submissão desta ao controlo jurisdicional.

Sobre o Séc. XX, Freitas do Amaral destaca a publicação em 1930, do Decreto n.º 18017, de 28 de fevereiro, cujo art.º 1.º §2 n.º 2 permitiu esclarecer o vício do desvio de poder como excesso de poder, enquanto exercício da faculdade discricionária fora do seu objeto e do seu fim. O que, segundo o Professor, constituiu um passo importante, na medida em que até aí a doutrina e a jurisprudência hesitavam sobre se na noção de excesso de poder se incluiria, ou não, no desvio de poder, enquanto exercício do poder discricionário para um fim diferente do fim legal.

Ainda segundo Freitas do Amaral, a CRP de 1976 acentuou a subordinação do poder discricionário ao Direito, ao determinar que os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé, conforme art.º 266º da CRP, depois concretizada pelo legislador ordinário no art.º 71º n.º 2, quanto aos poderes de pronúncia do tribunal, e no art.º 95º n.º 5 do CPTA, sobre o objeto e limites da decisão.

Efetivamente, sobre a evolução mais recente, não pode deixar de ter-se em conta que a aprovação do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), pela Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro e do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), pela Lei nº 15/2002, de 22 de fevereiro, protagonizaram a mudança de paradigma do contencioso administrativo português, cuja vigência só teve início após o decurso do período de *vacatio legis* de quase dois anos. Modelo, aperfeiçoado cerca de uma década depois, pelo DL n.º 214-G/2015, de 2 de outubro e, entretanto, acompanhada

pela revisão do Código do Procedimento Administrativo, através do DL n.º 4/2015, de 07 de janeiro.

Tratou-se de uma mudança há muito pugnada e considerada indispensável à concretização do princípio da tutela jurisdicional efetiva no âmbito administrativo, após a revisão constitucional de 1997.

Desde então, o Direito Administrativo desenvolveu-se no sentido de uma maior subordinação da Administração à fiscalização do cumprimento de regras pelos tribunais, evoluindo de um modelo de tipo francês, de mera anulação, para um modelo de plena jurisdição, mediante a possibilidade de condenação da administração à prática de ato devido. Mas mantendo-se a existência de limites ao poder de condenação pelos tribunais perante o poder discricionário da Administração.

Para a análise do atual regime mostra-se determinante o confronto entre os poderes de pronúncia do tribunal quando esteja em causa valorações próprias do exercício da função administrativa, previstos nos termos do art.º 71º n.º 2 e 3 do CPTA; o objeto e limites da decisão, quando estejam em causa tais valorações, regulados pelo art.º 95.º n.º 5 do CPTA; e ainda o conteúdo dos poderes da decisão judicial de execução de sentença, previsto pelo art.º 179º n.º 1 do CPTA.

O legislador português definiu os poderes de pronúncia do tribunal que, segundo o art.º 71.º do CPTA, mesmo nos caso de falta de pronúncia da Administração, o tribunal não se deve limitar a devolver a questão à Administração, devendo impor a prática do ato devido e pronunciando-se sobre a pretensão material do interessado; e, mesmo quando esteja em causa a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do ato devido, embora, sem determinar o conteúdo do ato a praticar; e, mesmo nos casos, de condenação à prática de um ato com um conteúdo determinado, não sendo possível determinar o seu conteúdo, o tribunal não deve, simplesmente, absolver do pedido, antes condenando a Administração à emissão do ato, de acordo com as vinculações que tenham que ser observadas.

Como bem explica Alexandra Leitão¹⁶, no caso da ação de condenação à prática de ato devido, apesar da introdução do n.º 3 do art.º 71.º do CPTA, a revisão de 2015 não trouxe praticamente modificações quanto aos poderes de pronúncia do tribunal. Referindo que, se a atuação administrativa ocorrer no âmbito da margem de livre apreciação ou de livre decisão, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do ato devido, de modo que a procedência deste tipo de ação só garante ao particular a condenação da Administração na prática de um ato com o conteúdo por ele pretendido quando esse conteúdo seja totalmente vinculado, precisamente, sob pena da violação do princípio da separação de poderes. Considerando, pois, que a introdução do n.º 3 do preceito não trouxe nada de novo.

No mesmo sentido, Rui Tavares Lanceiro¹⁷ refere que quando a prática ou não do ato depende do juízo discricionário da Administração, então não pode haver condenação em concreto, senão haveria lugar a um juízo de conveniência e oportunidade, que ultrapassaria os poderes da jurisdição administrativa.

Contudo, o mesmo Autor avança a ideia de que, quando esteja em causa o pedido de abstenção da emissão de um ato de conteúdo determinado, a sentença condenatória possa estabelecer o quadro de facto e de direito em qua a Administração não pode agir naquele caso, o que constitui uma condenação genérica de abstenção, mesmo que não seja possível explicitar se existe o dever de abstenção no caso concreto. Admitindo, aqui, a possibilidade dos processos de geometria variável, a que se refere Esteves de Oliveira, e que dependerão das circunstâncias do caso concreto e das vinculações legais da Administração, podendo conduzir a sentenças de alcance diverso, com vinculações mais ou menos intensas da Administração. O que nos parece ser um avanço relativamente à interpretação do preceito.

O problema que se coloca, e que à luz do quadro legal atualmente vigente ainda continua por esclarecer, de um modo que permita certezas e segurança por parte do intérprete, sobretudo, por parte do particular que se encontre afetado nos seus direitos e interesses legalmente protegidos, é a do possível grau dessa vinculação. Pois importa

¹⁶ Leitão, Alexandra, 2016 *A condenação à Prática de Ato Devido no Novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos: Âmbito, Delimitação e Pressupostos Processuais*, Comentários à revisão do CPTA e do ETAF 2.ª edição, AAFDL Editora, pág. 405 a 424.

¹⁷ Lanceiro, Rui Tavares *A Condenação à Não Prática de Atos Administrativos*, Comentários à revisão do CPTA e do ETAF 2.ª edição, AAFDL Editora, pág.425-458.

saber, não só em cada caso concreto, mas de um modo geral, relativamente a todos os atos em que se verifique o reflexo de uma margem de poder discricionário, até onde é que o tribunal poderá conhecer ou, pelo menos, o que é que ele deverá aferir para saber até onde é que poderá decidir.

Em nosso entender, importa que em cada sentença o tribunal possa tomar posição sobre a verificação do grau de vinculação, explicando as vinculações a observar, mas de um modo em que não se limite à condenação sobre as vinculações que estejam previstas de modo expresse, por também se encontrar obrigado a observar as vinculações que decorreram dos princípios gerais da atividade Administrativa.

Admitindo-se, assim, a possibilidade de uma condenação genérica à ação, na qual o tribunal possa decidir, sem se substituir à Administração, mas descrevendo o percurso cognoscitivo a que a decisão deve atender tendo em conta as vinculações que sejam expressas, mas também as decorrentes dos princípios gerais de direito, decidindo sobre o espaço que possa ficar entregue ao mérito no caso concreto. De modo a que o tribunal decida sobre o modo como a Administração devia ter decidido, até ao ponto em que decida que já não o pode fazer, por julgar ser o reduto da discricionariedade.

No fundo, do mesmo modo como o legislador acaba por admitir em sede de execução de sentença quando, nos termos do n.º 1 do art.º 179.º do CPTA, permite a especificação do conteúdo dos atos e operações a adotar em sede de execução da sentença, sem que entenda que essa determinação possa ser considerada incompatível com o respeito pelos espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa.

O legislador acautelou ainda os limites da decisão, que segundo o art.º 95.º do CPTA, no caso do pedido de condenação da Administração à adoção de atos jurídicos ou comportamentos que envolvam a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, sem que seja possível identificar apenas uma atuação como legalmente possível, não se mostra aceitável a determinação, pelo tribunal, do conteúdo do ato ou do comportamento a adotar, mas admite-se que este explicita as vinculações a observar pela Administração.

Admite-se, assim, que, num quadro normativo que permita ao tribunal especificar o conteúdo dos atos e operações a adotar, apenas faltando os elementos de facto suficientes, o tribunal notifique a Administração para a apresentação da matéria de facto em falta, ouvindo os intervenientes e os possíveis contrainteressados no processo, ou possa, mesmo, ordenar as diligências complementares que considere necessárias antes de

proferir a sentença. Isso não significa que ao tribunal seja permitido imiscuir-se na liberdade discricionária da Administração, tomando decisões, decisões gestionárias ou sobre o modo de prossecução de políticas públicas, em vez dela. Trata-se, até aí, da reapreciação pelo tribunal sobre a matéria de facto. Mas sem que este se encontre impedido de ir mais longe, podendo aferir, por exemplo, se as regras pelas quais a Administração se autovinculou, além de se encontrarem cumpridas no caso concreto, também elas cumprem todos os princípios gerais a que a Administração se encontra obrigada, compreendendo qual é o reduto do mérito, ou o espaço que realmente não possa ser sindicado. Tal, significa a permissão da aferição judicial sobre o modo como a Administração interpretou os factos, valorando a prova e a aferição dos factos provados perante o quadro legal em vigor, até ao limite que seja regulado por esse quadro.

Limites sobre os quais, efetivamente, consideramos que importa refletir.

A este propósito refira-se o entendimento de Miguel Assis Raimundo¹⁸ acerca do problema dos limites da boa administração como eficiência enquanto parâmetros de controlo da atividade administrativa. O Autor refere a doutrina segundo a qual o dever de boa administração constitui um dever jurídico imperfeito, por ausência de sanção jurídica, questionando como é que se pode admitir que uma atuação ineficiente por parte da Administração pode ser fundamento de responsabilidade disciplinar, fundamentar a responsabilidade civil da administração, ou mesmo relevar no âmbito da avaliação de desempenho, em sede de impugnações administrativas, onde se pode conhecer do mérito, mas sem que o tribunal já possa invalidar esse ato, pelas mesmas razões. Questão na qual nos revemos, claramente.

Assis Raimundo afirma que o receio de que a aplicação jurisdicional do princípio da boa administração se traduza num fenómeno de dupla administração não parece, assim, justificado. Afirmando que é possível reafirmar que a existência de um controlo jurisdicional efetivo sobre a administração não significa a sua substituição, fazendo aqui um importante paralelo com as competências do Tribunal Constitucional perante o poder político, de modo a concluir que o fato dos tribunais poderem controlar a atividade administração não significa assumir o papel do administrador.

¹⁸ Raimundo, Miguel Assis, 2015. *Os Princípios no Novo CPA e o Princípio da Boa Administração, em Particular*, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Reimpressão, AAFDL Editora, pág. 151-188.

Entende que o controlo jurisdicional carece de ultrapassar uma metodologia de controlo de margem de livre decisão que, por assentar demasiado em elementos vinculados e formais, não é já compatível com a feição atual do ordenamento jurídico. Mas defende uma posição moderada, que ilustra através da necessidade de um cálculo, mas um cálculo sensato e orientado para a justiça. Posição na qual, mais uma vez, muito no revemos.

CAPÍTULO III – A DISTINÇÃO ENTRE ALGUMAS DAS FIGURAS AFINS

Antes dessa reflexão, e para melhor compreender a figura, importa perceber de que forma é que esta se distingue de outras, como a liberdade probatória e a discricionariedade técnica, em relação às quais se fala de discricionariedade imprópria, bem como a valoração de conceitos indeterminados. Figuras próximas, que nem todos os autores distinguem da mesma forma.

A liberdade probatória é comumente entendida como a margem concedida por lei à Administração para apreciação dos fatos que hajam de servir de base à aplicação do Direito, e, nesse sentido, serem apurados, interpretados e avaliados, de acordo com a sua própria convicção. Mas em rigor, neste caso não há propriamente discricionariedade, na medida em que não existe uma liberdade de escolha entre várias soluções igualmente possíveis, existe antes uma margem de livre apreciação sobre os factos, só podendo estar em causa única solução possível, que será a da valoração correta.

A questão que a este propósito se colocará, perante o objeto da nossa investigação, não é, certamente, a da margem ou modo de valoração da matéria de facto produzida, quando o elenco de provas admissíveis se encontre legalmente definido, através de critérios sobre um elenco de elementos claramente definido, mas antes sobre a margem de decisão administrativa para a escolha desses elementos, quando estes não estejam definidos por lei. Na prática, interessará saber até onde é que o tribunal poderá aferir a escolha dos elementos de prova a que a Administração tenha decidido atender, se estes não se encontrarem estabelecidos. Pois, a opção de determinados elementos, sob determinados critérios, valorando uns em vez de outros, ou uns de um modo distinto dos outros, poderá, sempre, ser determinante.

Tradicionalmente, há quem distinga a discricionariedade técnica, perante os casos em que as decisões da Administração só podem ser tomadas com base em estudos prévios de

natureza técnica e segundo critérios de normas técnicas. Em rigor, neste caso também não existe discricionariedade, no sentido de liberdade de escolha entre várias soluções possíveis, pois só é possível a escolha da solução que se mostre correta. Eventualmente, poderá existir alguma liberdade de escolha, no caso de haver mais do que uma solução que tecnicamente se mostre correta.

Esteves de Oliveira¹⁹ refere-se ao conceito de discricionariedade técnica, enquanto a liberdade conferida por lei a um órgão administrativo para que este escolha, de entre uma série limitada ou ilimitada de comportamentos possíveis, aquele que lhe pareça em concreto mais adequado à satisfação das necessidades públicas específicas previstas na lei.

No entanto, também há quem não concorde com a distinção, considerando que a discricionariedade técnica se reduz a uma questão de interpretação sobre conceitos indeterminados, de classificação.

Efetivamente, o legislador utiliza muitas vezes conceitos imprecisos, cujo sentido não é, à partida determinado, como acontece com alguns conceitos, que são comuns no Direito Administrativo, mas, nem por isso, rigorosos e precisos. Conceitos como os de interesse público, urgência, utilidade pública, conveniência de serviço ou solução adequada. Sobre a questão de saber se o preenchimento de tais critérios se integra ou não na esfera do poder discricionário da Administração, há quem entenda que sim, que pode existir discricionariedade perante a interpretação de conceitos indeterminados, por esta permitir que seja a Administração a valorar livremente a realização do fim em causa. Mas também há quem entenda que não, por considerar que os conceitos indeterminados se inserem na esfera da discricionariedade técnica, que reduz a questão à interpretação, entendendo que, apesar de carecerem de interpretação, os conceitos indeterminados, resultaram sempre em poderes vinculados, tal como os restantes conceitos técnicos.

Esteves de Oliveira é um dos autores que defende que a interpretação é sempre vinculada e, por isso, juridicamente sindicável. Refere que o intérprete não tem “*qualquer margem de livre escolha, tendo antes que procurar conhecer a mens legis e atuar na sua conformidade. Refere o Autor que o sentido a adotar na interpretação é um único, e que a atividade interpretativa é algo de profundamente diferente, senão contrário, da discricionariedade*”²⁰.

¹⁹ Oliveira, Mário Esteves de, 1980. Direito Administrativo, 2.^a reimpressão, Almedina, Coimbra, pág.241 e seg..

²⁰ Esteves de Oliveira, Mário, in op cit., pág. 242.

CAPÍTULO IV – AS RAZÕES E OS MARCOS, DA SEPARAÇÃO DE PODERES, DAS RESERVAS E LEGALIDADE.

Alguma doutrina aponta razões de ordem prática para a concessão da discricionariedade administrativa. Razões como a limitação da densidade normativa, que facilmente se compreendem, por se saber o quanto é difícil, ou mesmo impossível, que o legislador consiga prever em pormenor todas as circunstâncias da decisão da administração e, além disso, consiga legislar de modo a acompanhar a evolução da sociedade. As razões da discricionariedade administrativa podem ser simples questões administrativas, mas também razões de ordem técnica.

A razão de ordem teórica prende-se, essencialmente, com o princípio da separação de poderes²¹, enquanto critério de distribuição racional das funções do Estado por diferentes órgãos, que justifica a existência de uma margem de liberdade da Administração em face do legislador e do poder judicial. Razão que, por isso, pode ser perspectivada sob o ponto de vista dos poderes da Administração face ao poder legislativo, ou na perspectiva do alcance do controlo jurisdicional sobre a Administração.

O princípio da separação insere-se no conceito de Estado de Direito Democrático, tendo sido introduzido na CRP, pela revisão constitucional de 1997.

O Estado português é um Estado de Direito Democrático que, segundo o art.º 2.º da CRP se encontra baseado, além da soberania popular, no pluralismo de expressão, na organização política democráticas, e no respeito e garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, também na separação e interdependência de poderes.

Portugal encontra-se organizado segundo a teoria da separação entre os poderes legislativo, executivo e judicial. O que pressupõe que cada um desses poderes atue de forma separada e independente, mas conciliável.

Essa separação pressupõe que o núcleo essencial do sistema de competências, caracterizador de determinada função, seja atribuído a determinado órgão, de modo a que cada um mantenha a sua atividade dentro dos limites das competências atribuídas, sem se sobrepor ou invadir a esfera de competências do outro.

²¹ Princípio previsto pelo art.º 111.º da CRP e concretizado pelo art.º 3.º n.º1 do CPA.

No que concerne ao Direito Administrativo, a adoção dessa teoria tem reflexos como o da separação entre a Administração e a Justiça, que retira à Administração a função judicial e aos tribunais a função administrativa, ao mesmo tempo que obriga a que o legislador confie aos órgãos da Administração Pública o exercício do núcleo essencial da função administrativa. Trata-se da existência da designada reserva constitucional da Administração Pública, que impede que o legislador e os tribunais exerçam a função administrativa ou se imiscuam na área de decisão exclusiva das estruturas administrativas. A par da qual convivem outras reservas, que, por sua vez, também impedem que a Administração invada o núcleo essencial do sistema de competências caracterizador da função legislativa ou da função jurisdicional.

Decorrentes da separação de poderes existem a reserva de lei, a reserva de jurisdição ou dos tribunais e a reserva de administração.

A reserva de lei, enquanto conjunto de matérias confiadas à competência exclusiva do poder legislativo, sobre as quais se proíbe a intervenção decisória da Administração e dos tribunais. A reserva de jurisdição, enquanto conjunto de matérias que integram a competência decisória exclusiva do poder judicial, que se impõem à Administração e sobre as quais se proíbe a intervenção do legislador.

Quanto à reserva de administração, em rigor, a CRP não reserva expressamente a função administrativa aos órgãos administrativos, mas esta é assegurada pelo princípio da legalidade e pelo princípio da separação de poderes.

Tal justifica a margem de livre decisão administrativa, cujo exercício os tribunais podem controlar, apenas na medida em que esta envolva a violação de parâmetros de conformidade jurídica, mas dentro do respeito da formulação de valorações próprias do exercício discricionário da função administrativa.

É precisamente neste sentido, que o n.º 1 do art.º 3 do CPTA estabelece que, no respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação.

Noutra perspetiva também se coloca a reserva perante a legislação, que não permite que os atos da Administração derroguem os atos legislativos, realizando escolhas primárias do domínio da função legislativa para além daquilo que seja exigível pela própria reserva de lei, como é o caso das reservas a favor da administração autónoma.

Na prática, a zona de fronteira nem sempre se mostra clara, pois não se encontra expressa, dependendo, muitas vezes, da interpretação de cada um, em cada caso.

É impedida a intervenção do legislador em matérias que envolvam o exercício da função administrativa e os tribunais encontram-se habilitados a reprimir a violação da legalidade, mas não a fiscalizar o mérito da atuação pública. Não existe hoje uma proibição absoluta de o juiz impor comportamentos à Administração, admitindo-se determinadas injunções e orientações, proibições e a imposição de comportamentos, desde que estas não afetem a autonomia administrativa.

De qualquer forma, nem sempre é possível definir a extensão exata de cada uma das reservas.

A propósito da reserva de administração é de referir o estudo de Nuno Piçarra²², que bem refere como está longe de ser linear ou isenta de dificuldades a relação entre a lei e a atividade administrativa, e como uma das áreas em que este tema se tem colocado, de forma mais problemática, é precisamente a do poder discricionário, a margem de livre apreciação e da interpretação e a aplicação de conceitos vagos e indeterminados.

Explica de que modo surgiu o tema da reserva de administração, de como inicialmente a questão fundamental era a de saber, por força do princípio da legalidade, até onde o legislador deve regular para a Administração atuar e de como a questão se coloca atualmente, de modo distinto, no sentido de saber até onde é que é permitido ao legislador regular para que a Administração possa atuar. O que, segundo o Autor, consiste em perceber, por referência à norma fundamental, se a Administração deve dispor de um espaço liberto da lei, onde tenha um domínio exclusivo. Questão que o Autor coloca a par de outro corolário do princípio da legalidade, que é o da submissão da atividade administrativa ao controlo jurisdicional da legalidade, sobre a qual refere que a delimitação da Administração relativamente à jurisdição administrativa depende largamente da vinculação da própria Administração à lei, sendo esta e a Constituição, por sua vez a fornecer aos tribunais os critérios jurídicos de controlo dos atos da Administração. O Autor fornece-nos as coordenadas da discussão teórico-constitucional sobre a reserva de administração enquanto conceito jurídico-constitucional autónomo, avançando a existência de posições doutrinárias diversas.

²² Piçarra, Nuno 1990. *A Reserva de Administração*, in *O Direito*, Lisboa, Ano .122.^a n.º II (abr-jun.1990), n.º III-IV (jul.-dez.1990), pág.325-353, pág.571-601.

No caso da reserva de constituição em Portugal, o Autor entende que esta deve ser aferida à luz dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático e Social e, especificamente, do princípio da separação de poderes e do princípio da legalidade. É do princípio do Estado de Direito Democrático e Social que, como refere o Autor, decorre a necessidade de dicotomia ente o poder legislativo e o poder executivo e a submissão da Administração Pública à lei parlamentar.

Mas sobre a separação de poderes Nuno Piçarra considera que a Constituição não se limitou a acolher um único modelo doutrinário, mas antes as ideias que a ele se encontram subjacentes, como a do equilíbrio, moderação, ou a limitação do poder pelo poder, procedendo antes a uma construção autónoma, que só é determinável a partir das normas de competências. Afirma, assim, que o recorte constitucional do princípio permite afirmar que lhe não repugna um conceito de reserva de administração que delimite um núcleo essencial da função administrativa, e que o escopo nivelador dos vários poderes do Estado impõe uma certa autonomia da Administração Pública. Admitindo, contudo, a impossibilidade de definição do conteúdo essencial de reserva de administração, apenas a procura de específicas normas de competência, sobre reservas especiais.

De qualquer modo, não obstante as imensas dificuldades de delimitação do conceito, atendendo ao objeto da nossa investigação importa-nos, sobretudo, a conclusão do Autor sobre a garantia do Estado de Direito de que as intervenções ablativas, mas também as prestativas, na esfera jurídica dos particulares só podem em princípio ser feitas com fundamento em lei prévia igual para todos. Não havendo na CRP qualquer reserva geral e administração, apenas específicas competências reservadas. Existindo, em regra, apenas uma reserva relativa da Administração Pública, em matéria de execução de lei, para a prática de atos administrativos. Reserva que o Autor diz tratar-se da proibição da predeterminação legal, mas não de imunidade perante a lei. O que se mostra uma conclusão determinante para a melhor compreensão dos limites da discricionariedade.

Referimos ainda a posição mais recente de Jorge Reis Novais, que abordou o princípio da reserva de lei a propósito dos direitos fundamentais, enquanto um dos princípios estruturantes do Estado de Direito, concluindo que as razões de Estado de Direito não permitem fundar, suficientemente, a reserva de lei em sentido formal, pelo que uma justificação constitucionalmente adequada do instituto, mormente das suas fronteiras mais difusamente estabelecidas, terá de ser procurada nos argumentos democráticos, de competência e de separação de poderes.

Considera que numa interpretação estrita das exigências de reserva de lei no domínio dos direitos fundamentais, a doutrina dominante continua a defender a necessidade inderrogável de autorização prévia do legislador como elemento imprescindível a qualquer atuação da Administração que possa ser tida como restritiva dos direitos fundamentais. Sem, contudo, deixar de admitir que a reserva de lei não deve ser aplicada com uma rigidez excessiva no caso da possível colisão entre diferentes direitos fundamentais, e que um apego obstinado às exigências da reserva de lei redundaria na própria degradação do instituto a mero formalismo desligado de quaisquer necessidades objetivas de ordem prática e estranho aos fundamentos que justificam a sua existência.

O Autor refere que a atual CRP é um bom exemplo das dificuldades geradas por uma estratégia de ambições reedificantes sobre a matéria, que se confronta, inevitavelmente, com a impossibilidade ou inadequação da resolução antecipada de todos os problemas que potencialmente surgem neste domínio. Que o que se pode apurar das normas constitucionais, sobre os poderes da Administração, é que esta está subordinada à lei, mas sem referências expressas ou quaisquer orientações sobre a eventual possibilidade de intervenção administrativa nos casos de ausência ou insuficiência da lei, quando os órgãos e agentes administrativos se vejam confrontados com exigências de atuação e decisão. Referindo-se aos direitos fundamentais, diz o Autor que em vão se procurarão encontrar respostas constitucionais imediatas para a questão do significado e alcance preciso da subordinação à lei, sobre o tipo de ações e margem de atuação ou decisão que as diferentes administrações poderão desenvolver.

Na monografia publicada em 2003, Paulo Otero²³ procurou determinar até onde é que a Administração Pública se encontra efetivamente vinculada pelo Direito, procurando conduzir o leitor a uma progressiva desmistificação do sentido tradicional do princípio da legalidade que, segundo as suas palavras, referidas na sinopse da obra, acaba por revelar que, em amplos sectores de atuação administrativa, a vinculação da Administração Pública à legalidade é uma pura ficção. Isto, porque o Autor considera que, apesar de, em Portugal, o Direito Administrativo, ter surgido por via legislativa, este expressa quase sempre a vontade do poder executivo e que a própria existência histórica de um poder

²³ Otero, Paulo, 2003. *Legalidade e Administração Pública, o Sentido da Vinculação Administrativa à Juricidade*, 2.ª reimpressão, Almedina, pág. 269 e seg..

regulamentar a cargo da Administração Pública revela não se ter levado até às últimas consequências a separação de poderes.

O Professor Paulo Otero defende a existência de uma ligação entre a separação de poderes e a interdependência de poderes, que permite que o legislador possa redefinir o anterior parâmetro de decisão administrativa, ainda que o legislador tenha que salvaguardar a segurança e a tutela da confiança. Considerando que, além disso, por força da CRP, o legislador tem o poder de definição da fronteira entre os diferentes poderes envolvidos, criando reservas legais de administração e de jurisdição. A acrescentar que, a validade da conduta administrativa face ao parâmetro vinculado de decisão poderá ser controlada pelos tribunais.

O Autor considera que o legislador reconheceu a necessidade de atualizar o paradigma clássico, cruzando a separação de poderes com a noção de interdependência de poderes, procurando um direito material administrativo mais consistente e coerente com outros princípios jurídicos, como o princípio da equidade.

Trata-se de uma visão, de que damos conta, sem desenvolver, mas que, certamente, torna ainda mais complexa qualquer tentativa de definição ou clarificação sobre as margens de vinculação e de liberdade perante os atos discricionários.

Atendendo ao objetivo do nosso estudo, a questão que equacionámos no presente capítulo foi a de saber qual o âmbito dessa autonomia, saber até onde e em que moldes é que a Administração se encontra vinculada na sua atuação, procurando delimitar os seus marcos de atuação. O que, de facto, é uma tarefa há muito debatida pela doutrina, mas que não se tem revelado fácil, e que parece ainda estar longe de poder ser concluída. Deixando-nos incertezas, perante as quais nos parece que são os princípios gerais da atividade administrativa que nos poderão conduzir.

CAPÍTULO V – A DISCRICIONARIEDADE E OS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.

A verdade é que a própria evolução do princípio da legalidade no sentido da sua ampliação e do seu entendimento material, em vez de formal, exige um maior controlo das atuações da Administração, não só em relação à lei, mas a todo o Direito.

E embora se questione a definição da discricionariedade administrativa como liberdade de escolha, considerando que há sempre uma única solução condizente com o interesse público prosseguido, também há quem entenda que pode haver mais do que uma solução administrativa para prosseguir um certo interesse público concreto, quer quanto ao conteúdo, quer quanto ao objeto, quer quanto à forma.

Por nós, consideramos que o importante é que o exercício dessa liberdade, sendo mais ou menos lata, e sendo mais ou menos explícita, pelo menos, não colida com qualquer outro princípio norteador da atividade administrativa, nem com os direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares. Devendo esses, ser considerados parâmetros mínimos, que a Administração deverá respeitar.

Além dos princípios constitucionais, no CPA encontram-se expressamente regulados os princípios gerais da atividade administrativa, enquanto fonte autónoma de Direito, delimitadora da atividade administrativa e da discricionariedade procedimental, enquanto normas de interpretação e integração do Direito Administrativo.

O princípio da legalidade, que se encontra expresso no art.º 3.º do CPA, exige que os órgãos da Administração atuem em obediência à lei e ao Direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins. Descrito como pedra basilar do Estado de Direito, este princípio evoluiu da sua definição pela negativa, que proibia a Administração de lesar os direitos ou interesses dos particulares, a não ser quando a lei o permitisse, para uma nova definição, mais lata, que só admite o exercício de funções da Administração quando haja fundamento da lei e dentro dos limites por ela impostos. O que exige que a lei estabeleça aquilo que a Administração pode fazer, não apenas o que não deve fazer.

Aliás, é este princípio que distingue a atuação da administração pública da particular, na medida em que na primeira só se pode fazer o que a lei permitir, enquanto que na segunda só não se pode fazer o que a lei proibir.

De modo que, mesmo nos casos em que o legislador decida conceder à Administração alguma margem de discricionariedade, se mostra exigível uma norma habilitante, que permita aferir o fundamento e limites desses poderes.

As dificuldades colocam-se quando a norma habilitante não se mostre suficientemente clara, concedendo a possibilidade de escolha ou decisão, sem uma clara definição do fim visado. O que acontece, não sendo raras as vezes.

Outros dois princípios da atividade administrativa são o da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, previstos conjuntamente no art.º 4.º do CPA, em termos que exigem que a Administração prossiga o primeiro, mas no respeito pelo segundo, que é dos cidadãos. De clara importância para o exercício do poder discricionário da Administração, este preceito impõe que a prossecução do interesse público não ocorra a qualquer custo, nem mesmo cingindo-se ao estrito cumprimento da lei, na parte em que esta vincule, caso isso seja suscetível de pôr em causa as garantias ou proteção de direitos e interesses dos cidadãos. Para o que também importa a observância dos princípios, como o princípio da justiça, da imparcialidade ou, mesmo, da igualdade. Questão perante a qual, nos parece, que, nos casos concretos, mesmo de discricionariedade, é a jurisprudência que terá um importante papel a desempenhar.

Por sua vez, o princípio da boa administração encontra-se previsto no art.º 5.º do CPA e também tem, em nosso entender, uma particular importância para a possibilidade de aferição do mérito dos atos discricionários. Este princípio exige que a Administração se pautar por critérios de eficiência, economicidade e celeridade, organizando-se de uma forma não burocrática e próxima das populações. Para alguns trata-se de um princípio vazio, sem referência constitucional, embora outros o entendam como um eco do princípio da prossecução do interesse público.²⁴²⁵ Pela nossa parte concordamos com a opinião sobre a importância deste princípio. Admitindo que ao tribunal não compete uma outra decisão de mérito sobre o mérito da decisão administrativa, substituindo-se à Administração na escolha de uma qualquer medida que considere mais económica, eficaz ou eficiente, não podemos deixar de considerar que este também não poderá deixar de

²⁴ Fernandes, Karen Nunes, 2015. *A Discricionariedade Administrativa face ao Princípio da Boa Administração, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/81555>, consultada a 1 de maio de 2019.

²⁵ A este propósito refira-se a tese de mestrado apresentada por Karen Nunes Fernandes, sob a orientação do Professor Doutor António Francisco de Sousa, acerca da força normativa deste princípio, onde a Autora procura demonstrar a relevância do princípio como limite ao exercício e controlo do poder discricionário, concluindo que, apesar do entendimento maioritário da doutrina e da jurisprudência, se mostra possível a análise jurisprudencial do mérito do ato administrativo diante conceitos indeterminados como o da boa administração, não como instrumento de modificação do juízo valorativo da Administração Pública pelo magistrado, mas como meio de se verificar se a valoração utilizada no caso concreto possui efetiva correspondência com as regras da boa administração. A Autora refere-se à possibilidade de controlo jurisdicional acerca do juízo de valor realizado pela Administração Pública, através do exame da adequação, compatibilidade e proporcionalidade, de modo a evitar decisões arbitrárias, não fundamentadas, injustas, inconvenientes, inoportunas e contrárias aos interesses do Estado de Direito Democrático. Trata-se de uma tese que, certamente, suscita uma série de questões, nomeadamente acerca da dificuldade e admissibilidade dos meios de prova sobre a adequabilidade, compatibilidade e proporcionalidade das decisões tomadas em cada caso, mas que, em nosso entender, tem a virtude de desbravar os primeiros trilhos de um percurso que será longo e que ainda está por percorrer.

considerar ilegal, por violação do princípio, qualquer ato perante o qual haja prova, cabal, de má administração. Tratar-se-á, certamente, de uma questão de prova, não de juízo valorativos, posteriormente produzidos. Lembrando-nos, aqui, da posição de Assis Raimundo, acima descrita.

Outro dos princípios gerais da atividade administrativa é o princípio da igualdade, que ganhou autonomia face à sua previsão constitucional, nos art.º 13.º e 266.º n.º 2 da CRP, por via do atual art.º 6.º do CPA, impedindo que Administração Pública privilegie, beneficie, ou prejudique alguém, impedindo o exercício de direitos ou isentando de quaisquer deveres em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual. Trata-se de um princípio de enorme importância sobre o qual existe uma vasta aplicação pela jurisprudência, cuja aplicação é incontroversa mesmo sobre o reduto da discricionariedade administrativa, vinculando-a.

A proporcionalidade, que se impõe no procedimento administrativo por via do art.º 7.º do CPA, exige a adoção de comportamentos adequados aos fins prosseguidos, de modo que as decisões da Administração possam afetar os direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares, mas apenas na medida do necessário, e em termos proporcionais aos objetivos a realizar. Princípio que também se autonomizou face à consagração constitucional do art.º 266.º n.º 2 e que constitui um importante limite e vinculação sobre os atos discricionários, ao exigir a justa ponderação dos interesses públicos e privados em causa, assim como a adequação do ato perante o fim ínsito da norma habilitante. É um princípio sobre o qual já existe uma vasta jurisprudência, mas sobre o qual ainda há questões a desenvolver, sobretudo perante a discricionariedade da Administração. Neste sentido, referimos o trabalho desenvolvido por Laura Nunes Vicente²⁶, distinguido pela Universidade de Coimbra, com o prémio Doutor Marnoco e Sousa, que, propondo uma nova abordagem sobre o princípio, além daquela que o vê como princípio material de justiça, fundando-o nos próprios conceitos de Direito e Justiça, como esquema de controlo dos atos do poder legislativo, uma outra, que define como “*o método jurisdicional desonerador da tarefa do juiz na dirimição de conflitos*”²⁷, que conduz à necessidade de uma dupla fundamentação da decisão, através de um juízo

²⁶ Vicente, Laura Nunes, 2014. *O Princípio da Proporcionalidade, Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível em <https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/premios/pub1 ms/numero1 pms.pdf>, consultado a 24 de abril de 2019.

²⁷ Vicente, Laura Nunes, in op cit., pág. 79.

argumentativo racionalmente concludente, que permita uma garantia satisfatória de justiça aos particulares. O princípio da proporcionalidade, realmente, mostra-se particularmente expressivo do alargamento da aceção da legalidade e consequente reforço do controlo jurisdicional sobre o modo como o poder discricionário é exercido.

Os princípios da justiça e da razoabilidade, consagrados no art.º 8.º, que também concretiza o art.º 266 n.º 2 da CRP, exigem que a Administração Pública trate de forma justa todos aqueles que com ela entrem em relação, e rejeite as soluções manifestamente desrazoáveis ou incompatíveis com a ideia de Direito, nomeadamente em matéria de interpretação das normas jurídicas e das valorações próprias do exercício da função administrativa, impondo princípios éticos como a transparência, isenção, confiança e imparcialidade. Princípios que se impõe em todos os atos, sejam ou não vinculados, mas que, naturalmente, ganham relevância enquanto critérios de aferição do mérito discricionário.

Da mesma forma, o princípio da imparcialidade, previsto pelo art.º 9.º do CPA, na concretização do art.º 266.º n.º 2 da CRP, que implica que a Administração considere com objetividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório e adote as soluções de organização e de procedimento indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção.

Bem como o princípio da boa-fé, previsto no art.º 10.º do CPA, que impõe que a Administração, como os particulares, atuem segundo os valores fundamentais do Direito relevantes em face das situações consideradas, e, em especial, a confiança suscitada na contraparte pela atuação em causa e o objetivo a alcançar com a atuação empreendida.

Todos estes princípios expressam o alargamento da aceção da legalidade e consequente reforço do controlo jurisdicional, a que hoje estão sujeitos os poderes discricionários.

A sua violação já não pode se considerada, propriamente, um problema de mérito, mas de legalidade.

Por isso, consideramos que consagração de tais princípios permite que o conhecimento sobre os atos discricionários vá além do vício de desvio de poder ou de aspetos como a competência, a forma ou os pressupostos de facto e de direito, e a sua fundamentação. Tais princípios permitem que se conheça da justiça e da proporcionalidade da decisão e que se entenda que isso é diferente da esfera do puro mérito da escolha da decisão, por

ser uma questão de legalidade, sobre aspetos que se mostram vinculados, e sobre a qual, assim, se deve entender admissível o conhecimento judicial.

SÍNTESE CONCLUSIVA

O conceito de discricionariedade administrativa tem vindo a ser discutido e aperfeiçoado, no que se refere aos seus limites. É um conceito que, inicialmente, foi visto como uma remissão da Administração para normas extrajurídicas, tendo evoluído no sentido de uma remissão, mais objetiva, para o entendimento sobre o sentido da norma, através da margem de interpretação concedida à Administração, por vezes, mediante a previsão de conceitos vagos e indeterminados. Depois disso, passou a entendido como um conceito que se refere a uma concessão da própria lei, para a escolha, pela Administração, entre os vários meios e comportamentos possíveis, tendo em vista um determinado fim. Finalmente, este conceito é hoje, unanimemente, entendido como uma possibilidade de escolha, concedida por lei, uma escolha determinada, não a escolha de uma qualquer solução, de entre as várias alternativas possíveis, mas apenas a escolha da solução que melhor satisfaça o interesse público.

Esta evolução do conceito permite-nos concluir que a discricionariedade da Administração Pública se mostra, cada vez mais, circunscrita, tendo deixado de ser um poder livre dentro dos limites da lei, para passar a ser um poder jurídico delimitado pela lei, como refere o Professor Freitas do Amaral.

É a partir desta evolução sobre o conceito que se pode reconhecer que nos atos discricionários nem tudo é realmente discricionário, existindo aspetos em que o seu exercício se encontra condicionado, por determinados critérios, normas ou princípios, sempre impostos pela própria lei, mas de uma forma que nem sempre é expressa. Até porque, simultaneamente, o próprio entendimento acerca do princípio da legalidade também evoluiu, deixando de ser visto como uma permissão para fazer tudo aquilo que a lei não proíba, segundo uma formulação negativa, para passar a ser uma permissão para fazer apenas o que a lei permite, atendendo à aceção sobre a competência de cada órgão da Administração.

É hoje consensual que os atos discricionários da Administração não devem, por isso, deixar de ser sujeitos ao controlo da legalidade, naquilo que sejam os seus aspetos vinculados, sejam eles expressos ou não.

O que nos conduz à importância da questão de saber qual é a dimensão exata desses aspetos vinculados. Que é a questão de saber o que é que, em cada ato administrativo praticado ao abrigo de um determinado poder discricionário, reconhecido por lei, em vista

da prossecução de um determinado fim, é realmente livre, constituindo a margem de escolha deixada ao cuidado da Administração. Pois, mesmo nessa margem, que é distinta dos aspetos que o legislador tenha decidido deixar expressamente regulados, nem tudo constitui uma livre escolha, porque a escolha tem que ser a mais acertada, consoante o fim a que esta se destine e os princípios que a conduzam.

É perante essa margem de discricionariedade, que vai além da regulação expressa pelo legislador, mas que, nem por isso, deixa de ser vinculada, pelo fim e pelos princípios, que se colocam as maiores dificuldades.

A essa margem dos atos proferidos ao abrigo de poderes discricionários designamos margem discricionária, por confronto com a margem vinculada, mas admitindo que não é verdadeiramente discricionária, na sua totalidade. Por isso, distinguimos, dentro dela, a discricionariedade livre, de puro mérito, onde realmente não se encontrem vinculações determinantes do sentido do ato, e a discricionariedade condicionada, onde se encontrarão a norma habilitante e todos os princípios gerais da atividade administrativa que, de algum modo, se apliquem ao exercício do ato. Segundo esta nossa conceção, ficará para o mérito puro, apenas aquilo sobre o qual não se encontrem vinculações determinantes do sentido do ato, aquilo que o legislador tenha outorgado à Administração como margem discricionária, para a sua tarefa de satisfação das necessidades coletivas, mas sem vinculações. O que consideramos que só fará sentido que aconteça nos casos em que as opções tomadas pela Administração não conduzam à afetação diferenciada da esfera jurídica dos administrados, nem a diferenças quanto à prossecução de qualquer fim. Consideramos, assim, os casos de opções da Administração tomadas quanto a operações materiais da Administração ou mesmo dos atos administrativos que, embora visando produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta, se revelam, quanto a alguns aspetos, de modo indiferente, por não afetarem, ou afetarem da mesma forma, as esferas jurídicas dos administrados, ou por permitirem a prossecução do mesmo fim, do mesmo modo.

Nem a doutrina, nem a jurisprudência têm admitido que sobre o conhecimento de atos proferidos ao abrigo de poderes discricionários se possa ir muito além do controlo administrativo, pelo qual se pode conhecer do mérito, além da legalidade. Na medida em que perante a sede judicial já só se admite o controlo da legalidade, como consequência do princípio da separação de poderes, constitucionalmente consagrado.

Estão em causa os juízos sobre a conveniência e oportunidade da decisão administrativa, que são justificados pela necessidade de concessão de poderes discricionários à Administração, de modo a colmatar a natural limitação da densidade normativa, e pelo juízo que o legislador possa fazer, em cada caso, acerca do melhor de meio de prossecução do interesse público.

Conveniência e oportunidade que, em regra, poderão sempre ser reapreciadas pela Administração, dentro das regras e limites da revogação dos atos. Mas em que, no caso dos atos praticados por órgãos de topo da organização, perante os quais pode haver reclamação, mas já sem uma oportunidade de interposição de recurso hierárquico, estas deixam de ser passíveis de uma segunda instância de aferição, por um órgão diferente do decisor. Podendo, assim, ficar definitivamente assentes na ordem jurídica, anulando em grande parte a margem de defesa e de contraditório, e totalmente a margem de recurso, pelo interessado.

De qualquer forma, a conveniência e oportunidade consideradas pelo decisor público, não podem, mesmo assim, deixar de respeitar o fim de interesse público ínsito na norma habilitante, nem os vínculos impostos pelos princípios gerais da atividade administrativa.

Sendo essa a margem da discricionariedade vinculada, a que nos referimos, e sobre a qual consideramos que não é rigoroso falar de uma livre vontade do poder discricionário, mas antes de uma vontade normativa, onde não existe espaço para o mérito puro.

Vontade normativa, de discricionariedade sem espaço para um mérito puro, que parece que se mostra, cada vez mais, delimitada pela densificação e amplitude ganha por alguns dos princípios gerais do Direito que condicionam o exercício da atividade administrativa, como é caso do princípio da legalidade, que ganhou contornos positivos, reduzindo os limites do espaço decisório da Administração, ou o caso do princípio da boa administração e do princípio da proporcionalidade, pela sua importância, cada vez mais atual e crescente.

Alguns autores revelam dúvidas, que nos parecem levar à necessidade do desprezo da discricionariedade. Entre eles, Francisco de Sousa²⁸, considera que existe uma crise da discricionariedade, referindo a existência de problemas sem solução ou de soluções imperfeitas suscitadas pela discricionariedade administrativa, que, segundo o Autor,

²⁸ Sousa, António Francisco, *in op. cit.* Refere “a discricionariedade administrativa, cavalo de Troia do Estado de Direito, está em crise em todo o sistema continental europeu”.

acabam por pôr em causa a ideia da perfeição do Estado de Direito. Entendendo que muitos dos atuais problemas suscitados pela discricionariedade administrativa são inerentes ao conceito de Estado de Direito, e que os problemas que a discricionariedade administrativa suscita só poderão ser resolvidos com a evolução da própria ideia de Estado de Direito.

De qualquer forma, essa não é uma opinião unânime. Há também quem entenda que a discricionariedade não se encontra em crise e que ela é mais precisa do que nunca, atendendo à complexidade dos problemas com os quais a Administração se confronta e com as necessidades coletivas públicas que é preciso satisfazer. Admitindo a necessidade de soluções legais que permitam à Administração uma gestão ágil e flexível, mediante soluções que, nem sempre o legislador poderá, antecipadamente, prever e regular ao pormenor.

Em nosso entender, essa circunstância também não deverá justificar, por si só, a previsão de amplos poderes discricionários à Administração, sobre os quais não exista um mínimo de estabilidade e segurança jurídica, mediante o conhecimento, pelos particulares, sobre as circunstâncias do possível exercício desses poderes. Mas, por outro lado, também entendemos que a exigência do conhecimento, da estabilidade e da segurança dos particulares, não poderá significar, por si só, que as margens de concessão de decisões discricionárias por parte da Administração tenham que ser anuladas.

Parece-nos, pois, que a discricionariedade administrativa deverá ser, antes, reequacionada acerca dos seus contornos.

Até porque se mostra, de modo irreversível, que as razões práticas da limitação da densificação normativa, se colocam, cada vez mais, com mais acuidade, atenta a evolução, cada vez mais célere e ampla, das questões sociais que carecem de regulação jurídica, e que o legislador nem sempre poderá acompanhar, regulando-as em pormenor. Por isso, é certo que existirão sempre margens de escolha que terão de ficar entregues à Administração.

A questão que se deve colocar, a nosso ver, é a de que modo ou em que termos deverá ser colocada essa nova equação, se a fórmula deverá permitir uma incógnita com maior ou menor ponderação sobre o resultado final e, sobretudo, quais os fatores que poderão ou não estar subjacentes a essa incógnita, a incógnita do puro mérito.

Para essa nova formulação sobre a admissibilidade do âmbito discricionário será, certamente, incontornável a evolução de que o Direito Administrativo português foi

objeto ao longo dos últimos quase vinte anos, através da reforma do contencioso administrativo, introduzida em 2002, mediante a aprovação do ETAF e do CPTA, cuja vigência teve início em 2004 e, entretanto, aperfeiçoada, pela reforma de 2015, também acompanhada da aprovação do novo CPA.

Mudança, há muito pugnada e considerada indispensável para concretização da reforma constitucional de 1997 e do princípio da tutela jurisdicional efetiva. E na qual ganharam destaque os princípios gerais da atividade administrativa, como o próprio princípio da legalidade, que ganhou uma dimensão positiva, o exigível equilíbrio entre o interesse público e a proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, ou o princípio da boa administração, e outros que, certamente, a doutrina e a jurisprudência se encarregarão de desenvolver, também a propósito dos atos discricionários.

E aí, entendemos nós, que tal ocorrerá num âmbito que não será o da margem que, tradicionalmente é considerada a margem vinculada dos atos discricionários, perante a qual se colocam questões como a da competência, do desvio de poder, dos pressupostos de facto ou da exigível fundamentação. Mas que, também, ainda não será, simplesmente, a margem do puro mérito, se entendermos que o puro mérito será tudo aquilo que se mostre como margem de liberdade, sem qualquer vinculação, nem possível conhecimento judicial sobre a decisão. Trata-se da margem de vinculação do ato perante os princípios gerais de direito, que nós designámos de discricionariedade vinculada, de um modo distinto da margem vinculada.

Não consideramos a existência de uma margem nova ou de uma qualquer nova realidade do ato discricionário. Trata-se apenas de uma margem do ato, que é vinculada, mas sobre a qual no parece exigível uma perspetiva de aferição, uma margem que sendo vinculada através dos princípios gerais da atividade administrativa, perante os quais se suscitaram questões que são de legalidade, e que, por isso, consideramos que poderá e deverá ser aferida em sede judicial.

Margem que, por isso mesmo, deverá constituir um fator de maior exigência para a decisão discricionária. Isto, porque é precisamente essa margem, que acaba por delimitar o que possa ou não ser entendido como margem de mérito puro.

É percebendo, em que moldes é que o ato discricionário se encontra delimitado ou vinculado, seja por aquilo que o legislador quis deixar expressamente regulado, seja através daquilo que o mesmo legislador tenha deixado entregue aos princípios gerais que,

em rigor, se compreenderá aquilo que o mesmo legislador deixou para a margem do mérito puro da Administração, enquanto reduto insidicável pelos tribunais.

Mas, como melhor desenvolveremos no capítulo seguinte, também nos parece que tal margem só poderá ser compreendida na medida em que a fundamentação do ato o possa consentir, permitindo a compreensão da decisão administrativa para além daquilo que se encontre regulado especificamente, de modo expresso; e permitindo, sobretudo, que além da legalidade da decisão se compreenda de que forma foi equacionada a prossecução do fim público confiado, compreendendo a sua proporcionalidade, a sua economia, eficiência, celeridade, ou a sua justiça e a sua razoabilidade.

TÍTULO II - A SINDICABILIDADE DO MÉRITO DISCRICIONÁRIO.

CAPÍTULO I – ANÁLISE EMPÍRICA DO ÂMBITO DO CONHECIMENTO JUDICIAL SOBRE O MÉRITO DOS ATOS DISCRICIONARIOS – NO CASO DA ESCOLHA ENTRE PARES, NAS PROMOÇÕES DA CARREIRA DIPLOMATICA COMO NOOUTRAS CARREIRAS ESPECIAIS.

São diversas as matérias em que há a concessão de poderes discricionários à Administração. A apreciação e escolha de funcionários para determinados cargos, em determinadas carreiras é apenas uma, entre tantas outras.

E esta apreciação acontece em todas as carreiras da Função Pública, seja na carreira do regime geral da função pública, seja nas carreiras especiais, com regras específicas, por vezes semelhantes, em cada uma das carreiras. Seja a apreciação feita, com determinada regularidade, sobre o mérito ou o desempenho do trabalhador, com consequências para a sua progressão ao longo da carreira, como acontece com a avaliação através do Sistema Integrado de Avaliação e Desempenho dos Trabalhadores na Administração Pública (SIADAP)²⁹, que permite a progressiva alteração das posições remuneratórias dos trabalhadores; seja, a apreciação que acontece em algumas carreiras especiais, estruturadas por categorias e postos, a qual acontece em determinados momentos da evolução da carreira, para a ascensão a determinados postos, dependentes de vagas, cujo preenchimento não depende apenas do tempo de carreira, mas de um processo de escolha sobre o mérito dos trabalhadores avaliados.

Na presente tese optámos pelo estudo do caso dos processos de escolha sobre o mérito do desempenho de funções, para efeitos de progressão na carreira, concretamente, o caso de promoção na carreira diplomática. Promoção, que ocorre, de forma semelhantes, noutras carreiras especiais, e que, por isso, permitirá desenvolver analogias e conclusões idênticas.

Importando-nos, sobretudo, os processos de escolha a partir do momento em que os atos homologatórios das decisões ou deliberações de escolha já não se mostrem passíveis de recurso hierárquico dentro da Administração, por serem atos administrativos proferidos ao nível dos órgãos de topo das organizações.

²⁹ Aprovado pela Lei n.º 66-B/2007 de 28 de dezembro, com as alterações introduzidas pelas Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro e Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro.

Naturalmente, tratam-se de atos cujas consequências na esfera jurídica dos particulares são sempre determinantes e, muitas vezes irreversíveis. Mas também são decisões em que se constata existir uma ampla margem de discricionariedade. Decisões, cujo mérito, em grande parte delas, já não é passível de ser revisto ou aferido numa segunda instância administrativa, por não haver lugar a recurso hierárquico, só já podendo ser sindicáveis em tribunal, mas sob a condição dos limites que se entendam decorrer da separação de poderes, de que falámos anteriormente.

Este tipo de atos suscita-nos questões que consideramos sensíveis, nomeadamente questões relativas aos limites do âmbito discricionário e aos limites do âmbito da defesa dos particulares.

São atos sobre os quais os tribunais têm proferido decisões, que consideramos tímidas por serem questões que, quase sempre, se cingem à verificação da exigência de fundamentação. Porventura, porque também as próprias impugnações se revelam tímidas, na medida em que, na maior parte das vezes, os particulares preteridos neste tipo de procedimentos de escolha em função do mérito profissional, como noutros procedimentos de avaliação semelhante, acabam por colocar a tónica da discussão na defesa da prova da matéria de facto relevante para o cumprimento dos critérios de escolha da decisão, sem questionar a opção desses critérios perante a norma e o fim habilitantes, ou mesmo, numa perspetiva de maior alcance, perante o cumprimento pela Administração sobre todos os princípios gerais da atividade administrativa que possam relevar, em cada caso concreto.

Vejamos, concretamente, o caso da carreira diplomática, apenas como um exemplo, entre outros possíveis, como sejam os da escolha por mérito na carreira militar ou noutras carreiras especiais.

No caso da carreira diplomática, a promoção por mérito ocorre através de um processo de escolha perante a avaliação do desempenho profissional, apreciado pelos pares, a partir de parâmetros balizados, uns previamente balizados pela previsão de normas legais, outros balizados segundo critérios estabelecidos pela própria Administração, no sentido da prossecução do interesse público confiado, dentro do âmbito do seu poder discricionário.

O ingresso na carreira diplomática realiza-se por concurso público, na categoria de adido de embaixada e a partir daí é possível a progressão e a promoção às categorias

seguintes, que são as de secretário de embaixada, conselheiro de embaixada, ministro plenipotenciário e embaixador.

A progressão na carreira processa-se dentro de cada uma das categorias, de forma automática e oficiosa, sem dependência de requerimento do interessado, através da passagem ao escalão imediato, após um determinado tempo de serviço efetivo, a chamada progressão horizontal. Por sua vez, a promoção nas diferentes categorias da carreira, a chamada progressão vertical, ocorre pela apreciação do mérito dos funcionários da categoria anterior, mas de forma distinta, consoante a categoria.

O acesso às duas primeiras categorias, de adido e secretário de embaixada, depende do aproveitamento no concurso de ingresso na carreira e do curso de formação realizado após esse ingresso. A promoção à terceira categoria, de conselheiro de embaixada, ocorre por concurso, mediante a avaliação curricular do candidato e a realização de uma prova de apresentação de um tema para debate.

A promoção à quarta categoria, de ministro plenipotenciário, já ocorre de modo distinto, através de uma lista de promoção elaborada pelo Conselho Diplomático, com base na análise dos respetivos currículos e processos individuais, sob critérios fixados pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros.³⁰ Estando em causa a avaliação pelo Conselho

³⁰ O DL n.º 79/92, de 6 de maio, definiu pela primeira vez de forma sistemática os mecanismos de funcionamento da carreira diplomática, tendo sido alterado pelo DL n.º 40-A/98, de 27 de fevereiro, que define o estatuto profissional dos funcionários do quadro do serviço diplomático. Atualmente a promoções na carreira diplomática são reguladas nos termos conjugados dos art.º 17.º a 20.º do referido DL n.º 40-A/98, de 27 de fevereiro, na redação dada pelo DL n.º 10/2008, de 17 de janeiro, com o pelo DL n.º 204/2006, de 27 de outubro, que aprovou a Lei Orgânica do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

O art.º 17.º do DL n.º 40-A/98, de 27 de fevereiro estabelece o mérito como a regra geral de promoção. Segundo o art.º 18.º o acesso à categoria de conselheiro de embaixada é facultado aos secretários de embaixada que tiverem sido aprovados em concurso, através da realização de provas públicas, que compreendem a avaliação curricular com a participação do candidato e a apresentação, seguida de debate, de um tema indicado pelo interessado, que deve incidir sobre questões de política externa portuguesa ou temas atuais do âmbito das relações internacionais, segundo regulamento de concurso aprovado por portaria do Ministro dos Negócios Estrangeiros, a Portaria n.º 157-A/2015, de 28 de maio.

O acesso à categoria de ministro plenipotenciário é regulado pelo art.º 19.º, resultando numa lista de promoções submetida pelo conselho diplomático à decisão do Ministro dos Negócios Estrangeiros, segundo uma avaliação fundamentada sobre o mérito dos apreciados, feita com base na análise dos respetivos processos individuais e percursos curriculares, através de critérios previamente fixados por portaria do Ministro dos Negócios Estrangeiros, a Portaria n.º 348-C/98, de 16 de junho. De acordo com a referida Portaria, a análise do percurso curricular é feita pelo Conselho Diplomático de acordo com a ordenação de diversos vetores (análise das funções desempenhadas nos serviços internos e externos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, nomeadamente quanto às qualidades de chefia reveladas; Integração em comissões ou órgãos de cariz extraordinário no âmbito do Ministério dos Negócios Estrangeiros; funções desempenhadas em gabinetes de titulares de órgãos de soberania ou junto de instâncias de governo de territórios sob administração portuguesa; funções exercidas em organizações internacionais ou no âmbito da União Europeia; missões ou comissões de carácter extraordinário no âmbito de organizações internacionais ou outras instituições de carácter internacional, funções desempenhadas em comissões interministeriais; outras funções de relevo público; adaptabilidade ao desempenho de funções profissionais

Diplomático das qualidades profissionais demonstradas e das aptidões reveladas para o desempenho de categoria superior da carreira, de acordo com uma avaliação discricionária, que, como estabelece a lei, deve ser fundamentada sob critérios legalmente especificados, em vista da valorização de fatores de diferenciação positiva, na perspetiva do cabal desempenho do serviço diplomático.

A promoção à categoria de embaixador, que é a categoria do topo da carreira, é um processo de escolha, que dispensa a fixação prévia dos critérios de avaliação a ponderar na apreciação das qualidades dos funcionários e dos serviços prestados, que não é objeto de qualquer procedimento administrativo, sobre a qual já se entendeu ser dispensada a realização de audiência prévia dos interessados e a exigência de fundamentação. Trata-se de uma apreciação discricionária de qualidades, sem qualquer fixação prévia dos critérios de avaliação, uma livre escolha.

A apreciação do mérito, no caso das promoções a ministro plenipotenciário e a embaixador, tem sido objeto de diversas decisões judiciais, as quais selecionamos de acordo com a relevância para o nosso caso de estudo, com base na consulta das decisões publicadas na base de publicação oficial de jurisprudência do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça (IGFEJ)³¹, conforme se indica na tabela em Anexo A.

Como referido, além da carreira diplomática existem outras carreiras especiais, como a dos militares das Forças Armadas³² em que, de um modo semelhante ao da carreira

diversificadas e capacidade para agir em meios sociais de natureza diferente consoante a caracterização dos diversos postos e missões; louvores concedidos pelo desempenho de funções diplomáticas); e a análise do percurso curricular do funcionário deverá contemplar a ordenação de determinados fatores (os conhecimentos gerais ou específicos evidenciados em questões de política internacional, de política externa portuguesa e de diplomacia; o conhecimento de línguas estrangeiras; a participação em ações de formação e aperfeiçoamento profissional; a publicação de trabalhos especializados na área das relações internacionais); critérios que devem ser aplicados de forma a valorizar os elementos dos currículos dos funcionários que revelem ser fatores de diferenciação positiva na perspetiva do cabal desempenho das suas funções, nomeadamente em defesa de um serviço diplomático de qualidade apto a desempenhar as ações necessárias ao bom êxito da política externa portuguesa.

Segundo o art.º 20.º, o acesso à categoria de embaixador é da competência do Ministro dos Negócios Estrangeiros, através da apreciação das qualidades do funcionário e dos serviços prestados, ouvido o secretário-geral, mas sem que existam critérios estabelecidos.

³¹ Disponível em <http://www.dgsi.pt/home.nsf?OpenDatabase>, consulta a 1 de maio de 2019.

³² De acordo com os art. 198.º, 229.º e 250.º do Estatuto dos Militares das Forças Armadas (EMFAR), aprovado pelo DL n.º 90/2015 de 29 de maio, as promoções aos postos de capitão-tenente ou major, de capitão-de-fragata ou tenente-coronel e de capitão-de-mar-e-guerra ou coronel, que são os três mais altos postos da categoria de oficial superior, realizam-se por escolha; assim como acontece com a promoção aos três postos mais elevados da categoria de sargento, Sargento-mor, sargento-chefe e sargento-ajudante; e cabo-mor, o posto mais elevado da categoria de praças. As promoções a oficial general e de oficiais gerais também se realizam por escolha, mas de um modo distinto, de acordo com o disposto na Lei da Defesa Nacional e da Lei Orgânica de Bases das Forças Armadas.

diplomática, existem promoções a determinados postos que são realizadas através de processos de escolha.

Também aqui se verifica um âmbito de discricionariedade quanto ao estabelecimento de critérios de aferição dos apreciados e um outro âmbito de discricionariedade na própria apreciação e aferição da matéria de facto relevante acerca das aptidões ou competências de cada um dos apreciados, a aferir sob tais critérios. Acerca das promoções por escolhas na carreira militar também tem sido emitida jurisprudência, que selecionámos, de modo semelhante, seguindo a perspetiva das questões colocadas para o nosso estudo de caso, como se refere na Tabela em Anexo B³³. E perante a qual concluímos que as questões que são colocadas e as decisões proferidas são, em muito, semelhantes às questões e decisões proferidas no contexto da carreira diplomática.

Sem desenvolver pormenorizadamente a existência e densificação dos critérios nessas ou noutras carreiras, consideramos que a questão que, muitas vezes, se deveria colocar perante a possível impugnação judicial deste tipo de atos, relativos à promoção na carreira, mediante a aferição das qualidades do funcionário e dos serviços por este prestados, e que, de um modo geral, consideramos que se pode colocar perante todos os atos discricionários, é a de saber se se trata de uma ampla margem de livre apreciação e

Conforme se refere no preâmbulo do diploma, a carreira militar, fruto da necessária hierarquização da instituição militar, deve ser, por princípio, desenvolvida em progressão vertical através das promoções dos militares que passam a ser genericamente baseadas na modalidade de escolha, garantindo a seleção dos mais aptos para o exercício de funções inerentes ao posto imediato. A promoção por escolha consiste no acesso ao posto imediato, mediante a existência de vacatura e desde que satisfeitas as condições de promoção, nos termos previstos no EMFAR e independentemente da posição do militar na escala de antiguidades.

Esta deve ser fundamentada e segundo a ordenação realizada com base em critérios gerais, definidos por Portaria do membro do Governo responsável pela área da defesa nacional, a Portaria n.º 301/2016, de 30 de novembro, que revogou a anterior Portaria n.º 21/94, de 8 de janeiro.

Realiza-se segundo o ordenamento proposto na lista de promoção de cada quadro especial, e elaboradas pelos conselhos de classes, armas e serviços, ou especialidades de cada Ramo, as quais constituem elementos informativos do Chefe de Estado-Maior do Ramo, para efeitos de decisão.

Quanto aos critérios de avaliação de mérito de relativo, estabelece o Regulamento de Avaliação do Mérito dos Militares das Forças Armadas (RAMMFA), aprovado pela Portaria n.º 301/2016, de 30 de novembro que o mérito militar é o nível atingido pelo militar no desempenho de cargos e no exercício de todas as suas atividades e funções, decorrente: da demonstração de competências; do grau do potencial estimado para enfrentar níveis crescentes de responsabilidades; dos resultados obtidos nos ciclos de estudos e cursos, tirocínios e estágios; das eventuais medidas disciplinares e penais que lhe sejam aplicadas; de outros elementos de informação constantes no currículo; e da sua antiguidade no posto.

³³ Sendo, contudo, de referir que a mais recente evolução deste regime seguiu no sentido de redução da margem de discricionariedade da Administração. Através da Portaria n.º 301/2016, de 30 de novembro, na aprovada na sequência do Estatuto dos Militares das Forças Armadas, pelo DL n.º 90/2015, de 29 de maio, os militares dos três ramos das Forças Armadas passaram a ter, pela primeira vez, um sistema único de avaliação de mérito, substituindo os diferentes modelos existentes entre os Ramos. Tendo sido preconizada uma avaliação efetuada com base em critérios objetivos.

valoração de qualidades, para além daquilo que se encontre minimamente regulado por lei, num âmbito apenas balizado segundo os limites impostos pelos princípios gerais que regulam a atividade administrativa; ou se nesses atos existe uma absoluta liberdade de escolha, fundamentada, pelo menos, sobre aquilo que sejam os aspetos eventualmente vinculados do ato, mas de tal modo ampla que não admita o questionar de quaisquer escolhas feitas pela Administração, designadamente as escolhas relativas aos critérios ou estratégias adotados em vista do fim público considerado. No fundo, perceber se o modo como a Administração entendeu o fim público confiado se encontra correto, e se o modo como esta decidiu prosseguir esse fim, fazendo umas escolhas em detrimento de outras, se mostra o modo correto, em vista da melhor solução, ou da única solução possível, se for o caso.

Não queremos, pois, dizer que sobre os atos discricionários não existam regras, para além do que possa ser imposto pelos princípios gerais de Direito. Elas existem, ou através da regulamentação aprovada por diplomas legais sobre as questões que o legislador entenda importante ser ele a regular, ou através de regras a que a própria Administração se entenda auto-vincular.

Retomado o caso em estudo, da carreira diplomática, verificamos que para a promoção à categoria de embaixador não existem critérios previamente estabelecidos, mas para o acesso à categoria de ministro plenipotenciário já existem.

A promoção a ministro plenipotenciário encontra-se regulada nos termos do art.º 19.º da Portaria n.º 348-C/98, de 16 de junho, na qual não constam, propriamente critérios, mas orientações ou, como aí designado, vetores de fundamentais.

Vetores através dos quais são analisadas as funções desempenhadas nos serviços internos e externos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, nomeadamente quanto às qualidades de chefia reveladas; a integração em comissões ou órgãos de cariz extraordinário no âmbito do Ministério dos Negócios Estrangeiros; funções desempenhadas em gabinetes de titulares de órgãos de soberania ou junto de instâncias de governo de territórios sob administração portuguesa; funções exercidas em organizações internacionais ou no âmbito da União Europeia; missões ou comissões de carácter extraordinário no âmbito de organizações internacionais ou outras instituições de carácter internacional, funções desempenhadas em comissões interministeriais; outras funções de relevo público; adaptabilidade ao desempenho de funções profissionais

diversificadas e capacidade para agir em meios sociais de natureza diferente consoante a caracterização dos diversos postos e missões; louvores concedidos pelo desempenho de funções diplomáticas; os conhecimentos gerais ou específicos evidenciados em questões de política internacional, de política externa portuguesa e de diplomacia; bem como o conhecimento de línguas estrangeiras; a participação em ações de formação e aperfeiçoamento profissional; e a publicação de trabalhos especializados na área das relações internacionais.

Efetivamente, nem tudo se encontra regulado por essas normas, ao pormenor. Trata-se de linhas orientadores dos fatores a ponderar, não critérios de avaliação desses fatores, os designados vetores fundamentais, como designado na norma. Vetores que, na verdade, concedem uma ampla margem de discricionariedade ao órgão da Administração. É ao Conselho Diplomático que cabe estabelecer a grelha de avaliação a utilizar na atribuição das classificações, que é a ponderação sobre cada um dos fatores a considerar. Existindo, ainda, uma outra margem de discricionariedade, depois das regras de ponderação, que é a da avaliação de cada caso, em concreto, sobre a matéria de facto considerada ou não relevante em cada fator, e a medida dessa relevância. Até porque os próprios fatores, legalmente previstos, por vezes se mostram indeterminados, permitindo uma ampla margem de interpretação pela Administração. Considerando-se, ou não, que essa interpretação encerra, em sim, uma concessão de discricionariedade, consoante se admita ou não que a interpretação é vinculada, o certo é que grande parte dos fatores, neste caso, determinados pelo legislador não são, à partida, claros ou isentos de diferentes perspetivas. Falamos de fatores como funções de relevo público, capacidade para agir em meios sociais de natureza diferente, adaptabilidade ao desempenho de funções.

O mesmo ocorre na carreira militar. Neste caso, os critérios de avaliação do mérito relativo encontram-se estabelecidos no Regulamento de Avaliação do Mérito dos Militares das Forças Armadas (RAMMFA), aprovado pela Portaria n.º 301/2016, de 30 de novembro, que, pela primeira vez, instituiu um regime comum aos três Ramos das Forças Armadas, quanto a esta matéria³⁴. Curiosamente, no caso da carreira militar a aprovação do novo regulamento de avaliação parece ter trazido uma preocupação de

³⁴ A Portaria n.º 301/2016, de 30 de novembro, aprovou o Regulamento de Avaliação do Mérito dos Militares das Forças Armadas (RAMMFA), revogando os diplomas que até aí vigoraram distintamente para cada um dos três Ramos das Forças Armadas_ Portaria n.º 21/1994, de 8 de janeiro; Portaria n.º 502/1995, de 26 de maio, alterada pela Portaria n.º 1380/2002, de 23 de outubro, para a Marinha; Portaria n.º 1246/2002, de 7 de setembro; e Portaria n.º 976/2004, de 3 de agosto.

maior rigor e objetividade no procedimento, uma vez que o âmbito discricionário da Administração parece ter sido reduzido.

A Portaria n.º 21/94, de 8 de dezembro, estabelecia os critérios gerais de ordenação dos militares em condições de ser submetidos a um procedimento de promoção por escolha, que consistiam no conjunto de aptidões e qualificações apreciadas segundo critérios estabelecidos, como o da competência profissional, aferida pela qualidade do desempenho de funções do avaliado no atual e, no mínimo, no anterior posto; natureza, as condições e as exigências peculiares das funções exercidas no atual e, no mínimo, no anterior posto; qualidade do desempenho de funções de posto superior, quando tenha ocorrido; avaliações individuais periódicas e extraordinárias; registo disciplinar; frequência de cursos ou estágios; e elenco e conteúdo de funções e cargos desempenhados, mas deixando a ponderação desses critérios à Administração, como ainda acontece na carreira diplomática. Entretanto, no novo sistema de avaliação, aprovado pela Portaria n.º 301/2016, de 30 de novembro o legislador teve a preocupação de aprovação de critérios objetivos, como expresso no próprio preâmbulo.

De forma extremamente interessante, o legislador estabeleceu os critérios de aferição e permitiu alguma margem de regulamentação pela Administração sobre esses critérios, mas já com regras de percentagens de ponderação entre esses critérios e até com a atribuição de uma percentagem sobre o peso da decisão final no caso de um critério expressamente deixado ao âmbito discricionário do decisor, o critério sobre a avaliação do potencial profissional, que o legislador claramente refere como sendo de um juízo subjetivo³⁵. Não querendo, com isso, significar que a possibilidade legal de emissão de juízos subjetivos seja, necessariamente, sinónimo de discricionariedade, até porque, no caso, o legislador deixou expresso quais os parâmetros ou fatores sobre os quais esse juízo pode, ou deve, ser emitido e com que objetivo, ou para que efeito, não tendo à Administração sido concedida qualquer margem para a decisão sobre o uso desse juízo. Recordando-nos da distinção sobre as figuras afins, cremos que há aqui um momento de

³⁵ De acordo com o art.º 29.º da Portaria n.º 301/2016 de 30 de novembro, “1 - A avaliação do potencial é um julgamento subjetivo que visa uma projeção do desempenho verificado durante o período avaliado, em futuras circunstâncias que encerrem níveis específicos de maior responsabilidade. 2- Nesta avaliação os avaliadores estimam: a) O potencial do avaliado comparado com o potencial percecionado no universo dos outros militares do mesmo posto; b) A posição relativa do avaliado face ao conjunto dos militares do mesmo posto por si avaliados com potencial «acima dos pares»; c) As funções militares de exercício preferencial do avaliado.”

margem de valoração da matéria de facto em causa, não propriamente um momento de discricionariedade.

De qualquer forma, no caso da avaliação para efeitos de promoção na carreira militar, continua a existir uma margem de discricionariedade. Desde logo, ao contrário do que acontece na carreira diplomática, no caso dos militares estes não são todos iguais, dentro de uma mesma categoria existem militares de diferentes classes, com diferentes formações e diferentes expectativas de progressão na carreira, de modo que, à partida, existe uma decisão discricionária da Administração sobre o número de vagas a conceder para promoção, em cada classe, que é a designada aprovação dos quadros especiais. Essa será, porventura, a decisão de maior âmbito discricionário, pois através da sua concessão se permite que seja a Administração militar a decidir como deve gerir os seus recursos humanos, ou quais os recursos que precisa ou não, em cada momento, para o melhor desempenho do fim público que lhe é confiado. Como se disse, o diploma agora em vigor parece trazer ínsita uma preocupação de rigor e objetividade, que só o futuro melhor revelará. O anterior regime, que se encontrava em vigor no momento a que respeitam os casos das decisões em Anexo B, tinha, certamente, mais momentos de permissão de mérito discricionário pela Administração, aquando do momento da escolha para promoção sobre o mérito militar, como era o caso da liberdade administrativa para a metodologia e quantificação dos fatores a considerar, que agora passou a estar expressamente regulada.

De qualquer forma, o que, de modo muito resumido, se constatou acerca da existência do âmbito discricionário no caso da carreira diplomática, assim como na carreira militar, e que, certamente constataríamos noutras, sobretudo carreiras especiais, em que existem procedimentos semelhantes, de avaliação de mérito para a progressão, não deve ser considerado necessariamente mau ou necessariamente errado.

Certamente, se essa margem de decisão existe é porque o legislador assim o quis e entendeu importante, ou necessário, aprovando a norma habilitante para o efeito. Provavelmente pela constatação da dificuldade de densificação normativa ou até por perceber que a Administração melhor conseguiria prosseguir o fim público pretendido. Preferindo a escolha dos melhores pelos respetivos pares, em vez dos critérios cegos e rígidos, de uma escolha estritamente objetiva.

O certo é que essa margem de decisão se pode tornar determinante na afetação da esfera jurídica dos particulares, preconizando a razão de escolha de uns em detrimento dos outros.

Como também é certo que os juízos de mérito que possam ser emitidos não estão, necessariamente, isentos de falhas. Falhas essas, próprias do erro humano, que podem ser distintas da violação de lei, perante aquilo que se encontre expresso enquanto margem vinculada do ato. Falhas que podem, na verdade, deturpar o mérito da decisão. Falamos, por exemplo, da ponderação, ou falta dela, quanto a determinados factos ou determinados fatores, por vezes externos, que, sem pôr claramente a prossecução do fim publico visado, podem acabar por enviesar a sua prossecução. Pois, não há aqui, a aplicação de um método cientificamente exato, mas antes o uso de métodos empíricos, sujeitos às emoções e às características próprias da personalidade humana.

Da análise da jurisprudência nacional consultada sobre este tipo de atos, atos de promoção em que existe uma apreciação entre pares na mesma carreira, percebe-se que a questão controvertida acaba, na grande maioria, senão na totalidade, dos casos, por ser, quase sempre, reconduzida à questão da fundamentação do ato, sobretudo, sobre a valoração da matéria de facto.

Conclui-se como sendo raras, ou mesmo inexistentes, as vezes em que, por exemplo, se discutem as decisões tomadas a montante quanto à decisão sobre a forma da prossecução do fim público, onde esta não seja vinculada. Mas, porventura, dizemos nós, pela eventual falta de elementos sobre essa decisão e sobre os meios através dos quais se entende deverem ser prosseguidos os fins visado, que sempre permitirão alargar o âmbito de aferição do ato.

No caso da promoção a embaixador alguma jurisprudência chegou a colocar a questão da equiparação a um ato político, exercido sob discricionariedade pura, fora do controlo jurisdicional, onde já se entendeu não existirem quaisquer direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos apreciados, por não existir um direito à promoção, mas apenas a mera expectativa. O que, numa perspetiva de distanciamento, nos parece que, pelo menos teoricamente, se deverá questionar como é que perante uma decisão, que é de escolha para a nomeação de um cargo no âmbito da Administração Pública, mas que, pelas circunstâncias específicas da carreira, em que os postos se encontram associados aos cargos, também acaba por ser uma decisão determinante da oportunidade de evolução na carreira, poderá, pura e simplesmente, ser entendida como uma escolha política,

perante a qual os interessados que se encontrem em iguais condições de poderem ser nomeados não poderão sequer ter a oportunidade de ser apreciados, sem que lhes seja reconhecido qualquer direito, nem se perceba a razão do reconhecimento de qualquer expectativa. Tratando-se de uma carreira piramidal, em que os postos de topo serão sempre mais reduzidos que os postos de base, por não existir a necessidade ou interesse público de mais cargos, a ser exercidos por pessoas do topo da carreira, essa não nos parece que possa ser a razão bastante ou que, de forma suficiente, justifique uma escolha que é discriminatória, sem que seja dada a oportunidade de conhecimento e de defesa, ou contraditório, pelos discriminados.

De um modo geral, o entendimento que tem sido seguido pela jurisprudência tem sido no sentido de que o controle judicial sobre esta margem de reserva de administração se encontra sujeito à verificação dos princípios jurídicos que a condicionam. Embora se trate sempre de um controle visto pela negativa, em que o tribunal entende não se poder substituir à Administração na ponderação das valorações que se integram nessa margem.

O que, na verdade, nos parece poder conduzir a situações de impasse.

A análise das decisões judiciais que têm vindo a ser proferidas leva-nos a concluir pela existência de enormes dificuldades, ou mesmo impossibilidade, do sujeito apreciado no âmbito de um ato discricionário de escolha para promoção, com base na apreciação do seu desempenho ou qualidades profissionais, conseguir ver esse ato ser discutido pelos tribunais além daquilo que são as questões de forma, ou o cumprimento de formalidades, como a realização de audiência prévia, e a da existência ou não de fundamentação.

Parece, de facto, impossível, ou pelo menos não se constataram casos em que tenha sido tentado ir mais além, no sentido de conseguir uma reapreciação desse ato de escolha, para além de erros realmente grosseiros.

CAPÍTULO II – O SENTIDO DA EVOLUÇÃO DAS GARANTIAS DOS PARTICULARES SOBRE O MÉRITO DA ADMINISTRAÇÃO.

Saber se os critérios estabelecidos pela Administração no âmbito dos seus poderes discricionários são de facto adequados ao fim público em causa, se são proporcionais ou se cumprem o princípio da boa administração, ou ainda se os mesmos foram devidamente aplicados ou aplicados da mesma forma em casos semelhantes, por exemplo, são questões que, da jurisprudência analisada, nem sequer chegam a ser alegadas.

Até porque, certamente, será difícil ao particular conseguir ir além do conhecimento sobre o ato que lhe diz respeito, aferindo outras decisões em casos semelhantes e aferindo se a Administração de facto adotou os critérios mais corretos e adequados ao fim público que lhe é confiado. Questão que vai além de saber se a Administração valorou, ou não, corretamente a matéria de facto pertinente, ou se interpretou, ou não, os conceitos jurídicos que o legislador tenha estabelecido de forma indeterminada.

Cremos, contudo, que a tendência poderá e deverá vir a ser de mudança.

A aprovação de um quadro legal centrado na tutela jurisdicional efetiva dos cidadãos e a tendente densificação de princípios constitucionais, como os princípios da legalidade, da boa administração, ou da proporcionalidade, constituem um desafio para a Administração, mas também à capacidade de alegação dos administrados.

Como dissemos, parece-nos que a compreensão da evolução da tutela jurisdicional efetiva e da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos se mostram determinantes para a questão da sindicabilidade do mérito dos atos discricionários, perante a qual a profunda reforma que o contencioso administrativo português sofreu a partir de 2002 se mostra uma questão incontornável.

Antes disso, como refere Vasco Pereira da Silva³⁶, o contencioso administrativo viveu uma infância difícil. Sofrendo a influência dos aspetos históricos de cada época, o contencioso administrativo viveu uma primeira época, que o Professor designa de “*pecado original*”, pela promiscuidade entre as tarefas de administrar e julgar, depois a época que designa de “*batismo*”, pela consagração da jurisdição autónoma, e a fase que diz ser do “*crisma*” ou confirmação, pelo reafirmar da natureza jurisdicional, pela independência do juiz em relação à Administração, pela consagração da proteção integral e efetiva dos direitos dos particulares, e o afirmar da tutela subjetiva.

Será agora a altura de uma nova fase, um novo sacramento? Porventura o da “*renovação de votos*”?

Recorde-se que o contencioso administrativo português foi moldado à luz do modelo francês de justiça administrativa. Com a aprovação do Decreto n.º 23 de 16 de maio, em 1832, o conhecido Decreto de Mouzinho da Silveira, os tribunais comuns foram proibidos de julgar a Administração, foram instituídos os Conselhos da Prefeitura e o Conselho de Estado, mas que não eram tribunais realmente independentes, nem tinham um mecanismo

³⁶ Pereira da Silva, Vasco, 2009, *in op. cit.*, pág. 7 a 154.

jurisdicional de execução de sentenças, dependendo organicamente da Presidência do Conselho de Ministros e funcionalmente do Governo. Após um período de quase cem anos de indefinição e instabilidade do modelo de controlo jurisdicional da Administração, a CRP de 1933 manteve o modelo de justiça delegada, no qual os tribunais administrativos se mantiveram configurados como órgãos da Administração, no exercício da função jurisdicional, mas sem a atribuição aos tribunais de poderes decisórios próprios. Época em que o contencioso se destinava a garantir a defesa dos poderes públicos e não dos direitos dos particulares, sob um conceito de ato administrativo executório, distinto do decorrente da teoria do ato lesivo, só adotado mais tarde, com a reforma de 2002.

E recorde-se que, de facto, a jurisdicionalização dos tribunais administrativos em Portugal só ocorreu depois da Revolução, através da aprovação da Constituição de 1976, que permitiu a jurisdicionalização plena e integral do Contencioso Administrativo e a consagração da tutela plena das relações entre particulares e Administração.

A Constituição de 1976 encetou o processo de constitucionalização do contencioso administrativo, robustecido através das sucessivas revisões constitucionais.

A revisão constitucional de 1982 permitiu acentuar a dimensão subjetiva, ultrapassando alguns dos limites da impugnação dos atos definitivos e executórios, pela conceção material, em detrimento da forma, e permitiu ainda o reconhecimento de direitos e interesses legalmente protegidos.

Em 1985, o recurso de anulação foi alterado e estabelecido como um processo de partes, permitindo a igualdade de posições entre o particular e a administração, foram criados outros meios processuais como a declaração de ilegalidade de regulamentos administrativos, a ação para o reconhecimento de direitos e a intimação para comportamento.

Por sua vez, a revisão constitucional de 1989 permitiu o acentuar da respetiva jurisdicionalização. A garantia constitucional de acesso à justiça administrativa conduziu ao abandono da noção de ato definitivo e executório, colocando a tónica na proteção jurídica e subjetiva, em razão do critério da lesividade dos direitos dos particulares.

Mas o legislador ordinário não acompanhou logo a evolução do texto fundamental. E quanto a isso é unanimemente considerado que, pelo menos até 2004, houve um desfasamento entre modelo constitucional e as regras do contencioso.

Acontece que a aprovação do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), pela Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro e do Código de Processo nos Tribunais

Administrativos (CPTA), pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, protagonizaram a mudança de paradigma do contencioso administrativo português, cuja vigência só teve início após o decurso do período de *vacatio legis* de quase dois anos. Modelo, aperfeiçoado cerca de uma década depois, pelo DL n.º 214-G/2015, de 2 de outubro e, entretanto, acompanhada pela revisão do Código do Procedimento Administrativo, através do DL n.º 4/2015, de 07 de janeiro. As alterações decorrentes do princípio da legalidade originário para um princípio de juricidade da administração é uma das marcas características dessa reforma.

Reforma, considerada indispensável à concretização do princípio da tutela jurisdicional efetiva no âmbito administrativo, após a revisão constitucional de 1997.

Atualmente a legislação ordinária respeita o texto fundamental, no que concerne à realização do princípio da proteção plena e efetiva dos direitos dos particulares através dos meios processuais principais, cautelares e executivos.

Antes disso o direito de acesso à justiça administrativa era formulado como um direito de acesso ao recurso contencioso de anulação, o juiz continuava a não ter plenitude de poderes e o recurso desenhado contra atos definitivos e executórios. Com a reforma, a lei ordinária consagrou expressamente a possibilidade de os tribunais condenarem a administração à adoção de condutas legalmente devidas, deixámos de ter uma lógica de recurso, para passar a ser verdadeiro juiz, sendo que a primeira apreciação jurisdicional do ato administrativo é a ação, aceitando-se todos os meios de prova, passando haver audiência de julgamento, contraditório em audiência. O legislador acabou com o ato de indeferimento tácito, prevendo a ação de condenação por omissão.

No ordenamento jurídico português, a tutela jurisdicional efetiva é considerada um direito fundamental, que goza do estatuto da categoria dos direitos, liberdades e garantias, reconhecendo o direito de todos a agirem jurisdicionalmente em defesa da sua esfera jurídica de interesses, também impondo ao legislador a implementação de uma administração judiciária capaz de assegurar esse direito.

Este direito compreende o direito de tutela declarativa, de obtenção de decisões com força de caso julgado, em prazo razoável e de tutela executiva sobre essas decisões, bem como o direito à tutela cautelar, pelo decretamento de providências antecipatórias ou conservatórias destinadas a assegurar o efeito útil da decisão.

A previsão no art.º 2º do CPTA permitiu a concretização legislativa da garantia fundamental dos artigos 20º e 268º n.º 4 e 5 da CRP, prevendo o direito a obter uma

decisão judicial que aprecie cada pretensão judicial regularmente deduzida em juízo, sendo desenvolvido na sua concretização prática pelo art.º 3º do mesmo diploma, sobre os poderes dos tribunais administrativos, na medida em que aí se consagra que para assegurar a tutela efetiva, deverão os tribunais administrativos fixar oficiosamente prazos para o cumprimento dos deveres da administração e impor sanções pecuniárias compulsórias se houver necessidade. Mas, não sem as limitações impostas pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, na medida em que se permite que os tribunais administrativos julguem do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam, mas não da conveniência ou oportunidade da sua atuação.

O Direito Administrativo desenvolveu-se, portanto, no sentido de maior subordinação da Administração à fiscalização do cumprimento de regras pelos tribunais, evoluindo de um modelo de tipo francês, de mera anulação, para um modelo de plena jurisdição, mediante a possibilidade de condenação da Administração à prática de ato devido.

Mantendo-se, contudo, restrições de obtenção de decisões de mérito, por via dos limites ao poder de condenação pelos tribunais, particularmente perceptíveis perante a margem não vinculada de poder discricionário da Administração.

CAPÍTULO III – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES OS REFLEXOS DESSE SENTIDO QUANTO AO CONHECIMENTO JUDICIAL DO MÉRITO DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS.

Como referimos, atualmente o contencioso administrativo não se encontra centrado no ato administrativo, mas na tutela judicial plena e efetiva dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares. O juiz goza de poderes necessários e adequados à proteção dos direitos dos particulares, independentemente dos meios processuais que estiverem em causa, ou de se tratar de tutela principal, cautelar ou executiva. Os poderes do juiz já não se encontram reduzidos ao conhecimento dos atos, gozando de um contencioso pleno, que visa a proteção dos direitos dos particulares mercedores de tutela, tendo evoluído da mera anulação para a plena jurisdição.

A Constituição assegura o direito à tutela jurisdicional efetiva dos particulares, segundo o n.º 4 do art.º 268.º da CRP, que garante esse direito aos particulares, de modo que inclui, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses e a

impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, assim como a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas. Direito, que assume uma natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias.

Paulo Veiga e Moura³⁷ aborda esta questão, a propósito da impugnação graciosa do ato de avaliação dos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas, que, em si, é um ato que encerra uma ampla margem de concessão de discricionariedade administrativa. Refere que a previsão legal da reclamação deste ato constitui, precisamente, uma concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e que, neste caso, o legislador proclama o princípio da impugnabilidade, assegurando ao avaliado o direito à reclamação e ao recurso hierárquico, mas também à impugnação jurisdicional.

Além disso, também se pode afirmar que antes, em razão do princípio da separação de poderes, se considerava que o juiz só poderia anular atos administrativos e nunca poderia dar ordens de qualquer espécie à Administração. A consagração da ação de condenação da Administração à prática de ato devido, através da reforma de 2002, permitiu uma mudança de paradigma na lógica do contencioso administrativo, que deixou de estar limitado, passando da mera anulação à plena jurisdição.

De acordo com o art.º 66.º do CPTA a ação administrativa pode ser utilizada para obter a condenação da entidade competente à prática, dentro de determinado prazo, de um ato administrativo ilegalmente omitido ou recusado. Ainda que a prática do ato devido tenha sido expressamente recusada, o objeto do processo é a pretensão do interessado e não o ato de indeferimento, cuja eliminação da ordem jurídica resulta diretamente da pronúncia condenatória.

Vieira de Andrade³⁸ explica que o pedido da ação de condenação à prática de ato devido serve para obter a condenação da entidade competente à prática, dentro de determinado prazo, de um ato administrativo que tenha sido ilegalmente omitido ou recusado, e que o ato devido é aquele que na perspetiva do autor deveria ter sido emitido e não foi, quer tenha havido uma pura omissão ou uma recusa e ainda quando tenha sido praticado um ato que não satisfaça ou não satisfaça integralmente uma pretensão.

³⁷ Veiga e Moura, Paulo, 2012. Avaliação do Desempenho na Administração Pública. Comentário à Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro., 1.ª edição, Coimbra Editora, pág.307.

³⁸ Andrade, Vieira, 2015. A Justiça Administrativa (Lições), 14.ª ed., Almedina, pág.181.

Por sua vez, Vasco Pereira da Silva³⁹ refere que o objeto do processo corresponde à pretensão do interessado, tratando-se da defesa de interesses próprios, que esta ação decorre do direito subjetivo do particular, pelo que o objeto do processo é o direito subjetivo do particular no quadro da concreta relação jurídica administrativa. Refere que, de acordo com os poderes de pronúncia do tribunal, previstos pelo art.º 71.º do CPTA, o tribunal não se limita a devolver a questão ao órgão competente, anulando ou declarando nulo ou inexistente o eventual ato de indeferimento, mas pronuncia-se sobre a pretensão material do interessado, impondo a prática do ato devido. Por isso, entende que a existência ou não de um ato administrativo se mostra irrelevante, uma vez que o tribunal deve apreciar a concreta relação administrativa existente entre o particular e a administração, para apurar quais os direitos e deveres nessa relação, e assim determinar o próprio conteúdo de ato devido.

No mesmo sentido, Mário Aroso de Almeida⁴⁰ entende que o processo de condenação não se encontra configurado como um processo impugnatório, no sentido em que, mesmo quando tenha havido lugar à prática de um ato de indeferimento, o objeto do processo não se define por referência a esse ato.

O mesmo Professor refere que o tribunal deve ir além do ato, não se devendo limitar a uma apreciação formal sobre um ato administrativo existente, nem se limitando a pura e simplesmente mandar aplicar um ato qualquer, constatando a simples existência de uma omissão configuradora da violação do dever de decidir, antes devendo proceder a um juízo material sobre o litígio julgando acerca da existência do direito do particular, e consequentemente determinando o conteúdo do comportamento da administração juridicamente devido. E refere, neste sentido, que o artigo 71º do CPTA estabelece que os poderes de pronúncia do tribunal devem ir tão longe quanto o exigirem os direitos dos particulares necessitados de tutela.

Efetivamente, ato devido, no contexto do CPTA, não tem de ser um ato estritamente vinculado perante a lei podendo incluir momentos discricionários, desde que a sua emissão seja, nas circunstâncias do caso concreto, legalmente obrigatória. O pedido de condenação pode ter lugar sempre que o particular é titular de um direito a uma determinada conduta administrativa ou quando a administração não tenha atuado, quando a isso era legalmente devido. Em qualquer dos casos, é sempre necessário que tenha

³⁹ Pereira da Silva, Vasco, in op cit., pág. 363 a 369.

⁴⁰ Aroso de Almeida, Mário, 2016. Manual de Processo Administrativo, 2.ª ed., Almedina, pág. 87 a 104.

havido a preterição de uma vinculação legal, que tanto pode ser o dever legal de decidir, como o dever de adotar um ato administrativo de conteúdo favorável, sendo que a medida da condenação corresponde ao âmbito da vinculação da administração, que é o conteúdo do direito do particular.

Acontece que, ao se admitir que sendo a discricionariedade um modo de realização do Direito cujos parâmetros podem ser jurisdicionalmente controlados, tratando-se de situações em que a Administração se encontra obrigada a atuar, mas em que o conteúdo da decisão dependa de escolhas que são da sua responsabilidade discricionária, as sentenças de condenação à prática de ato devido terão de cominar a prática de um ato administrativo, mas sob restrições, dentro do âmbito e o limite das vinculações legais.

Pois, neste sentido, o art.º 71º n.º 2 do CPTA estabelece que, quando a emissão do ato pretendido envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela administração na emissão do ato devido.

O que suscita complexos problemas de separação dos poderes na relação entre o juiz e a Administração. Como refere Esteves de Oliveira⁴¹ “*A determinação da extensão e alcance dos poderes do tribunal é, seguramente, um dos momentos mais delicados da ação de condenação da Administração à prática do ato legalmente devido*”.

Quando o conteúdo do ato a praticar não seja estritamente vinculado, seja por a lei não impor uma única solução, seja por esta não resultar, no caso concreto, de uma eventual redução da discricionariedade a zero, o juiz terá de limitar-se a uma condenação genérica, quando não seja possível determinar o conteúdo do ato devido, com as indicações vinculativas que puder retirar das normas jurídicas aplicáveis, sem pôr em causa a autonomia e o âmbito discricionário da decisão do órgão administrativo.

As sentenças de condenação à prática do ato administrativo devido podem assim apresentar conteúdos muito diferenciados. Conforme escreve Mário Aroso de Almeida “*os processos de condenação à prática de atos administrativos são processos de geometria variável, no sentido em que não têm todos a mesma configuração, nem*

⁴¹ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, 2004. Código de Processo nos Tribunais Administrativos, e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Anotados Volume I, Almedina, Coimbra, pág. 434 e 435.

conduzem todos à emissão de pronúncias judiciais com idêntico alcance”. Podem existir sentenças resultantes do pedido de condenação à prática do ato devido, que cominam a prática de um ato administrativo cujo conteúdo é determinado, por corresponder ao exercício de poderes vinculados. Mas também podem existir sentenças que cominem atos de conteúdo relativamente indeterminado, por estarem em causa escolhas do âmbito discricionário da Administração, nas quais o tribunal de deve conter, indicando apenas a forma correta de exercício do poder discricionário, decidindo sobre o alcance e os limites das vinculações legais, mediante a determinação de parâmetros da decisão.

É precisamente este poder do tribunal, de apreciar a globalidade da relação administrativa e consequentemente a totalidade do poder administrativo, considerando tanto os respetivos elementos vinculados como os discricionários, de modo a determinar e a orientar a atuação devida da administração pública, mas sempre sem se substituir às escolhas que são da responsabilidade exclusiva daquela, que, segundo Vasco Pereira da Silva⁴² permitirá alguma margem de manobra para a ação da jurisprudência.

É essa a margem de manobra, a sua necessidade e a possibilidade de densificação, que nos importa.

As indicações quanto ao modo correto de exercício do poder discricionário devem significar menos do que o tribunal se substituir às escolhas da responsabilidade da Administração, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, mas devem ser também mais do que a mera enumeração das vinculações legais feita em abstrato, sob pena de violação do princípio da tutela judicial plena e efetiva, refere Vasco Pereira da Silva.

O referido Professor considera que o modo como os tribunais venham a fazer uso dos seus novos poderes, proferindo sentenças capazes de prevenir e condicionar a atuação administrativa futura ou pelo contrário, fazendo uma interpretação minimalista dos respetivos poderes de julgamento é uma questão fulcral para apreciar a efetividade da reforma do contencioso administrativo.

Vasco Pereira da Silva entende que a consagração deste tipo de sentenças significa o ultrapassar de velhos traumas do contencioso administrativo, decorrentes da passagem do

⁴² Pereira da Silva, Vasco, *in op cit.*,pág. 362.

processo ao ato para o juízo sobre a relação jurídica, através da atribuição ao tribunal de um papel ativo e não meramente reativo no julgamento do litígio.

Posição, na qual nos revemos.

Admitimos que, uma coisa é condenar a Administração à prática de atos administrativos devidos, decorrentes da preterição de poderes legais vinculados, o que, claramente, corresponde à tarefa de julgar; outra coisa, completamente diferente é o tribunal praticar atos em vez da administração, ou de alguma forma invadir o domínio das escolhas remetidas por lei para a responsabilidade da Administração no domínio da discricionariedade administrativa, o que corresponde ao âmbito da tarefa de administrar, sobre a qual, por isso, já pode fazer sentido invocar o princípio da separação de poderes.

No entanto, algures, terá que crescer uma posição intermédia, por se admitir que a discricionariedade não está no ato, mas no poder ou competência. Existirão atos completamente vinculados, mas não existirão, certamente, atos completamente discricionários, em todos os atos existem aspetos vinculados e estes vão para além das normas, sejam sobre o fim ou sobre a competência. Mesmo que a existência de normas legais sobre aspetos vinculados se mostre mínima, há sempre a vinculação decorrente dos princípios gerais de direito, de modo que a decisão discricionária, mesmo naquilo que seja do âmbito do mérito, deve mostrar-se adequada, proporcional, imparcial, justa e razoável e, assim, conforme ao princípio da legalidade.

O poder discricionário não pode ser considerado como um poder à margem da lei ou como uma exceção ao princípio da legalidade. Pois, trata-se de um modo de realização do direito no caso concreto, de um processo de escolhas da Administração, que não são livres, dependendo sempre de uma determinada norma habilitante e de um determinado fim.

Parece-nos, assim, que aquilo que sejam as características discricionárias do ato, para além dos aspetos que indiscutivelmente se mostrem vinculados, também devem poder ser aferidas em termos da sua conformidade com o poder discricionário do órgão da Administração e a respetiva norma habilitante.

Na infinidade de hipóteses que Mário Esteves de Oliveira considera existir entre os dois extremos, da discricionariedade reduzida a zero até à zona dos puros motivos de oportunidade, mas, entendemos nós, também nessa que, normalmente, tem sido considerada zona de pura oportunidade, porque mesmo aí existem aspetos que vinculam as Administração, pelo menos perante os princípios gerais da atividade administrativa,

cremos que existe a necessidade e possibilidade de verificação judicial da conformidade do ato discricionário.

Essa margem do ato, caracterizada plena discricionariedade, consiste no espaço do mérito concedido à Administração, dentro do qual esta realmente poderá decidir a melhor forma de prossecução do fim público confiado ao seu poder. Margem que julgamos ser distinta do âmbito de interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, por essa ser uma tarefa em que devem ser cumpridas as regras jurídicas de interpretação das normas, havendo uma vinculação legal, judicialmente sindicável. Mas sobre a qual continuam a existir as vinculações decorrentes da exigibilidade dos princípios gerais da atividade administrativa, a que, entendemos nós, a efetivação do princípio da tutela jurisdicional efetiva não poderá ser indiferente, por haver oportunidade e necessidade de aferição judicial, sem que isso afete a separação de poderes. Fora disso apenas ficará o que designámos como margem de puro mérito, onde não existam vinculações, ou as que possivelmente possam existir não se mostram determinantes.

CAPÍTULO IV – A OPORTUNIDADE E EVENTUAL EXIGIBILIDADE DE INCREMENTO DA SINDICABILIDADE DO MÉRITO E DA SUA FUNDAMENTAÇÃO.

Partindo, assim, do princípio de que qualquer ato jurídico da Administração pode ser submetido à fiscalização de órgãos jurisdicionais, que o removerão da ordem jurídica na parte em que o julgarem inválido, a questão que se coloca é a de saber até onde poderá ou deverá ir essa remoção, quais os poderes de controlo judicial exigíveis para a efetiva garantia de tutela jurisdicional efetiva. Ou ainda, noutra perspetiva, até onde poderá ir o poder de condenação do tribunal na condenação da Administração à prática de atos devidos.

Recorde-se que o que tem sido entendido pela doutrina e pela jurisprudência é que nos atos que tenham características discricionárias existe uma margem de livre decisão, que não se mostra insuscetível de controlo judicial, por dizer respeito ao mérito, à conveniência ou à oportunidade da Administração, dentro da reserva de administração. E que só aquilo que se situar além desse âmbito é que é judicialmente sindicável, por dizer respeito à validade da conduta administrativa, num âmbito vinculado, que não é de livre decisão.

Consideramos, no entanto, que o compromisso entre a separação de poderes e a garantia de tutela jurisdicional efetiva deverá admitir o controlo do exercício de poderes administrativos, mesmo dos discricionários, sobre os aspetos que expressamente não se encontrem vinculados, porque também aí sempre se encontra a vinculação dos juízos de mérito ou conveniência da decisão através dos princípios gerais da atividade administrativa. Não é pelo facto do legislador determinar que a Administração pode livremente decidir o modo de prossecução do fim público de que seja incumbida, sem determinar, por exemplo, que essa decisão deva ser uma decisão de boa administração, eficiente, económica e célere, ou que deva acautelar o respeito pelos direitos e interesses dos cidadãos, de modo proporcional e que assegure a igualdade, a justiça, a razoabilidade ou a imparcialidade, bem como a boa-fé e a colaboração com os particulares, que, pura e simplesmente, a Administração pode deixar de cumprir essas exigências. E sem que, no caso de isso acontecer, o tribunal algo possa fazer. Pois que se tratam de princípios gerais a que a Administração sempre se encontra obrigada, seja na vertente vinculada, seja na vertente do puro mérito, do seu poder discricionário. Como, comumente se disse, a discricionariedade não é sinónimo de arbitrariedade. Por isso, nos parece, que na discricionariedade o arbítrio não pode ser, simplesmente, puro, sem quaisquer condicionantes.

O controlo dos atos discricionários, no que respeita à margem de mérito, pode ser levado a cabo pela Administração, mas também o deve ser pelos tribunais. Tal mostra-se exigível, sobretudo quando esse controlo já não seja possível na Administração, pela falta da via da impugnação graciosa para o efeito.

Existem sempre limites, como os da competência e do fim, mas também outros, como os de imparcialidade, ou boa administração.

Este é o nosso entendimento. Mas não é um entendimento original, ou sequer inovador, porquanto é nesse sentido que tem seguido alguma da doutrina mais recente, como é o caso de Colaço Antunes⁴³, que entende que “*o próprio mérito é sindicável pelo juiz administrativo, por violação dos princípios fundamentais que regem a atividade administrativa*”. António Francisco de Sousa⁴⁴ também refere “*a vinculação da discricionariedade resulta desde logo do direito constitucional, e sobretudo dos princípios do Estado de Direito*”.

⁴³ Colaço Antunes, Luís Filipe 2012, *A Ciência Jurídica Administrativa*, Almedina,

⁴⁴ Sousa, António Francisco, in op. Cit.

Pela nossa parte entendemos que a tutela jurisdicional efetiva sobre os atos discricionário, pelo menos, deverá impor uma exigência de reforço da fundamentação, para que esta possa ser efetivada pelos tribunais.

Como decidiu o Juiz Paulo Pereira Gouveia⁴⁵ “*sem um discurso justificativo racional (não tautológico) da decisão administrativa (isto é, explicativo dos “quid” que conduziram ao elemento racional e decisório do ato administrativo), (i) não há verdadeira fundamentação e (ii) a fiscalização de toda e qualquer decisão administrativa fica impedida ou reduzida a uma formalidade vazia. Assim se poderia defraudar o Estado democrático de Direito e os seus princípios jurídico-administrativos fundamentais, maxime, o da tutela jurisdicional efetiva e o da juridicidade administrativa*”.

Também assim entendemos, mas entendemos ainda que, da mesma forma, o Estado de Direito poderá ficar defraudado se perante a constatação de falta de fundamentação de um ato discricionário mais nada puder ser feito, senão a decisão condenação à repetição do ato.⁴⁶

O ato discricionário deverá permitir não só a aferição do modo como os factos foram analisados à luz dos critérios estabelecido pela Administração, dentro dos parâmetros permitidos pela norma habilitante, mas, mais do que isso, deverá permitir aferir se tais critérios além de cumprirem a norma habilitante, também se encontram adequados ao restante quadro legal, coadunam-se com os princípios gerais da atividade administrativa.

Os atos discricionários devem, pois, ser especialmente fundamentados, de modo a permitirem perceber o *iter cognoscitivo*, não só da decisão no caso concreto, mas também do *iter cognoscitivo* subjacente ao estabelecimento da regra ou critério da decisão, de modo a perceber se este representa a melhor escolha, entre as escolhas possíveis, para a prossecução do interesse público confiado e se essa escolha se mostra uma escolha de boa administração, eficiente e racional, se se mostra proporcional, se cumpre critérios de igualdade, ou se é justa, razoável e imparcial.

Entendemos nós, que tais atos devem ser fundamentados de modo que permita deles conhecer perante tudo aquilo que também os vincule, para lá da vinculação que o legislador deixe expressa.

⁴⁵ Acórdão do TCAS, Proc. 2416/12.0BELSB, de 28 de junho de 2018, in <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁶ Até porque, recorde-se, pela normal demora da apreciação dos processos em tribunal, muitas vezes, num momento de anulação de um ato discricionário por falta de fundamentação, e no momento da eventual condenação à prática de novo ato, muito provavelmente ao titular do órgão que emitiu o ato já não será o mesmo, colocando-se enormes dificuldades sobre a possível reconstituição do *iter cognoscitivo* da decisão, de um modo realmente fiel.

Como decidido pelo TCAS no Processo n.º 6943/10 de 19 de janeiro de 2012, em termos semelhantes aos de outras decisões judiciais, *“não basta estarmos no âmbito da discricionariedade administrativa, (...) para que o Tribunal subtraia a matéria ao controlo jurisdicional e se demita de apreciar os factos e o Direito que permitem averiguar do correto exercício do poder discricionário”*, *“A margem de discricionariedade da Administração não significa arbítrio e não estão subtraídos ao controlo judicial a forma de exercício do poder discricionário ou os aspetos vinculados do ato predominantemente discricionário, nomeadamente a observância dos princípios constitucionais que devem nortear toda a atividade administrativa”*.

Para que tal controle se mostre possível, entendemos, que se deverá exigir um reforço da fundamentação deste tipo de atos. Reforço no sentido de permitir o conhecimento, pelos interessados, pelas instâncias de recurso administrativas e pelos tribunais, de qual o raciocínio tido em conta, não só sobre as circunstâncias específicas do caso concreto, mas antes no estabelecimento das regras e critérios da decisão, permitindo conhecer o entendimento sobre a forma de prossecução do interesse público confiado, e a escolha entre as alternativas possíveis, para se saber se é uma alternativa correta e se é a melhor, a mais justa, proporcional ou de melhor gestão.

A discricionariedade deve ser exteriorizada e deve poder ser aferida, na comparação entre o interesse público e o interesse privado, dentro da delimitação conferida por lei e pelos princípios gerais de direito para o espaço de conveniência e oportunidade.

Ao tribunal deve poder ser permitido aferir a forma como foi decidido prosseguir o interesse público confiado através da norma habilitante e, até, fazer uma ponderação entre os interesses públicos e privados em causa, de modo a compreender a proporcionalidade ou a boa administração da decisão. Como aliás já se admite no âmbito do decretamento de providências cautelares.

Por exemplo, considerando o Acórdão proferido pelo STA, no Processo n.º 28630, cujas conclusões são transcritas na Tabela Anexo A, além do vício de desvio de poder e do erro acerca dos pressupostos de facto, o tribunal pronunciou-se acerca da necessidade de fundamentação neste tipo de atos, referindo, precisamente que na formulação do juízo acerca do cumprimento do dever legal da fundamentação dos atos, há que encadear a utilização da margem de livre apreciação, eventualmente conferida pela lei ao órgão administrativo, de modo a permitir o controlo jurisdicional de tais atos, que reclama um

maior grau de exigência de densidade fundamentadora formal, designadamente quanto à expressão clara dos motivos.

Referindo que a circunstância de, em tal domínio, dos atos discricionários, o facto de serem restritos os espaços de controlo pelos tribunais, mormente quando se trate da emissão de juízos de carácter técnico ou de avaliação das capacidades pessoais, não dispensa a declaração inteligível das razões da decisão.

O mesmo tribunal referiu que essa exigência não se destina apenas a habilitar o destinatário a optar conscientemente pelo exercício ou pela abstenção do exercício do seu direito ao recurso contencioso, mas também a assegurar a reflexão e ponderação decisórias, a transparência e o autocontrolo da Administração.

A questão que emerge é a de saber como reagir quando essa exigência de fundamentação se encontre devidamente cumprida, sendo claros os motivos da decisão, a forma como nesta foi ponderada a prossecução do interesse público, mas dela se discorde. Como reagir, quando a decisão seja suficientemente transparente, mas dela resulte a possível violação de princípios gerais de Direito, pela violação desnecessária de direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, perante a prossecução do fim público confiado à Administração, nos termos da norma habilitante, pela tomada de uma decisão menos eficiente, menos económica ou menos célere, uma decisão menos proporcional, ou que não tenha sido imparcial, por não ter tido em conta todos os elementos pertinentes.

Questão que se torna ainda mais emergente quando perante a evidência de possíveis violações de Direito não exista outra instância na Administração só já sendo possível o recurso ao tribunal.

A qual nos parece que não poderá ser resolvida senão através da reconstituição daquilo que foi o processo de decisão, mediante um novo juízo sobre as mesmas circunstâncias discricionárias, através da ponderação e interpretação do fim a prosseguir, a interpretação sobre as circunstâncias ou parâmetros balizados pela norma habilitados e por um novo processo de aferição da matéria de facto relevante para essa decisão. Não basta saber se os factos tidos em conta são ou não verdadeiros, é preciso saber se a partir deles as ilações tomadas foram as corretas e se com isso se prosseguiu da melhor forma possível o fim público confiado.

Por isso, é importante que o tribunal também possa conhecer do modo como se decidiu prosseguir o interesse público confiado.

Se o juiz tem ou não os conhecimentos suficientes para dentro do padrão do homem médio ajuizar sobre se a opção tomada pela Administração foi a melhor decisão já será outra questão. Até porque provavelmente o juiz não terá esses conhecimentos, por serem específicos e, provavelmente, relacionados com políticas de gestão pública ou políticas de gestão de recursos humanos, que este não terá que conhecer.

Mas essa é uma questão de valoração da prova. E para tal existe a possibilidade de prova pericial, de que o juiz se poderá socorrer e que as partes poderão requerer. A prova pericial tem por fim a perceção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem. Tal direito é um corolário das garantias à via judiciária e ao processo justo e equitativo, constitucionalmente consagrados no art.º 20º da CRP. Por via dele, há que facultar às partes a possibilidade de utilizarem em seu benefício todos os meios de prova que considerarem os mais adequados a fazerem valer a sua pretensão.

Como bem referido no recente Acórdão proferido pelo TACS no Proc. n.º 2416/12.0BELSB, a 28 de junho de 2018⁴⁷, “violam o “dever constitucional e legal de fundamentar os atos administrativos de um modo expresse, racional, coerente, suficiente e claro” todas as decisões administrativas que se limitem a exteriorizar como seus fundamentos (i) adjetivos qualificativos, (ii) avaliações numéricas e ou (iii) opiniões, já que se tratam de meras conclusões e não de discursos justificativos, isto é, de raciocínios fundamentadores de conclusões. VI – Só se pode contrapor a rara e inexigível figura da “fundamentação da fundamentação” quando a fundamentação apresentada pela decisão administrativa em causa não se limitar a exteriorizar apenas (i) conclusões, (ii) adjetivos qualificativos ou (iii) atribuição de valores numéricos. (4) justificar, aqui, é demonstrar que se atuou como manda a lei vinculante. (5) ou, o que é o mesmo, com margem de livre decisão administrativa.”

Referindo que quanto à chamada discricionariedade técnica, “o facto de um juízo feito pela Administração assentar numa ciência não jurídica, longe de legitimar uma reserva de administração, constitui o melhor argumento para a sua fiscalização jurisdicional, precisamente à luz da ciência ou técnica não jurídicas em causa, através da prova pericial, quando tal ciência ou técnica não fixarem uma só interpretação ou solução. À semelhança do que ocorre normalmente no contencioso cível”.

⁴⁷ Acórdão do TCAS, Processo n.º 6943/19, de 19 de janeiro de 2012, in <http://www.dgsi.pt>.

Seguindo as conclusões do mesmo Acórdão, no qual muito nos revemos, e onde é referido que *“não cabem, não podem caber por imperativo constitucional, na insindicabilidade do exercício da função administrativa a interpretação-aplicação da quase totalidade dos conceitos indeterminados contidos nas normas legais”* também nós consideramos que, sendo a discricionariedade administrativa um poder-dever jurídico que a lei confere por causa da melhor prossecução do interesse coletivo, os atos que sejam proferidos neste âmbito terão de implicar acrescidas exigências de discricionariedade.

É, de facto exigível, que a fundamentação do ato permita conhecer e que, a partir daí o tribunal possa conhecer e decidir sobre a interpretação da Administração, seja quanto aos aspetos vinculados, seja quanto aos não vinculados.

Sem discordar do elenco de filtros elencados no referido Acórdão, para o qual remetemos,⁴⁸ entendemos importante que a fundamentação deste tipo de atos permita aferir, com certezas, a partir do texto expresso, ao abrigo de que lei habilitante o ato é proferido, qual a interpretação feita sobre essa norma, ao abrigo de que competência é proferido o ato, qual o fim público que se entende dever ser proferido, quais as opções possíveis para essa prossecução e qual a decisão tomada quanto à opção escolhida, quais os factos ponderados e a subsunção feita sobre os mesmos factos. Para que depois a partir daí o ato possa ser sindicados à luz dos direitos e dos princípios gerais de direito legalmente consagrados.

⁴⁸ No Acórdão do TCAS, Proc. n.º2416/12.0BELSB são elencados os designados filtros ou limites internos do poder vinculados dos atos discricionário: *“(1) incompetência legal; (2) o desrespeito pelo fim ou objetivo da concreta lei aplicada (desvio de poder); (3) a falta de fundamentação de facto e de direito da decisão administrativa, (4) o desacerto ou erro nos pressupostos de facto da concreta atividade administrativa, (5) o desacerto ou erro nos pressupostos de direito da concreta atividade administrativa; (6) o erro manifesto na concretização de alguns conceitos indeterminados, designadamente subjetivos, o erro claro e seguro nos juízos de apreciação de aptidões pessoais, o erro claro e seguro nos juízos de prognose, o erro claro e seguro nos juízos estratégicos, o erro claro e seguro nos juízos com consequências políticas ou nos juízos estruturais de carácter organizativo (é o controlo de razoabilidade do erro notório na motivação); (7) o desrespeito pelos direitos-liberdades-e-garantias; e (8) o desrespeito pelos seguintes princípios gerais da atividade administrativa: (i) prossecução do interesse da coletividade e do bem comum, (ii) proibição de diferenciação entre os iguais e obrigação de diferenciação entre os diferentes (isto é, princípio ou máxima metódica da igualdade de tratamento), (iii) adequação da medida adotada ao fim de interesse público prosseguido (isto é, princípio ou máxima metódica da proporcionalidade na vertente da adequação ou idoneidade), (iv) proibição do excesso na escolha e aplicação dessa medida (isto é, princípio ou máxima metódica da proporcionalidade na vertente da necessidade), (v) ponderação expressa e equilibrada dos elementos conducentes à escolha feita (isto é, princípio ou máxima metódica da proporcionalidade em sentido estrito ou do equilíbrio), (vi) imparcialidade subjetiva ou negativa (isto é, ausência de impedimentos ou fatores de suspeição), (vii) imparcialidade objetiva ou positiva (isto é, ponderação de todos os interesses em presença), (viii) proteção da confiança legítima, (ix) fundamentação expressa, racional, clara, coerente e suficiente das decisões administrativas lesivas dos direitos e interesses dos cidadãos e (x) conformidade material das condutas com os objetivos da ordem jurídica; (9) o erro na concreta subsunção que toda a decisão administrativa concreta comporta”*.

Não significando que, com isso, o juiz se tenha que substituir à Administração, na formulação de outros ou de novos juízos de oportunidade, antes se limitando à aferição do juízo proferido.

Acrescente-se, ainda, que embora se mostre unânime que a fundamentação dos atos discricionários deve ser acrescida, tal é um entendimento que não encontra expressão na lei. Os requisitos da fundamentação encontram estabelecidos nos termos do art.º 53.º do CPA, onde se exige que sejam expressos os fundamentos de facto e de direitos, mas sem qualquer distinção entre atos vinculados ou discricionários.

E entendemos que tal distinção seria muito útil e em muito contribuiria para a prossecução do princípio da tutela jurisdicional efetiva e para a melhoria do nosso Estado de Direito.

Consideramos que o cabal conhecimento sobre os atos discricionários, incluído aquilo que seja, em cada caso, a margem de mérito não vinculada é exigível e se mostra possível. Mostra-se possível que o legislador imponha requisitos específicos sobre a fundamentação da margem discricionária, pois faz todo o sentido que o particular possa compreender o *iter cognoscitivo* da Administração sobre aquilo que esta entende estar dentro da sua margem de decisão. O particular deve poder, pelo menos, compreender qual o fim público visado, de que modo foi decidido prosseguir esse fim, quais as escolhas entre as alternativas possíveis, para que este possa tirar ilações e perceber de que modo a Administração respeitar os princípios públicos que a conduzem.

Por uma questão de rigor e honestidade científica não poderíamos aqui deixar de referir a existência de opiniões diferentes, como é o caso da opinião de António Augusto Costa⁴⁹, na sua análise do princípio da legalidade e da discricionariedade administrativa, a propósito dos reflexos das situações de crise económica no direito administrativo. Considerando que esta é uma situação em que se demonstra como é impensável que a lei constitua a base total do campo de atuação administrativa. Admitindo a existência de situações de exceção, que levantam problemas que a Administração tem de resolver, de forma por vezes contraditória com os esquemas legais existentes, mas que devem ser

⁴⁹ Costa, António Augusto, 2012. A Erosão do Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, CEDIPRE Online, disponível em https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_12.pdf, pág. 28 e 29, consultado a 1 de maio de 2019.

atendidas, sob pena de o dever de prossecução do interesse público não ser cumprido. Refere a necessidade de um direito administrativo pautado por novos esquemas, de concessão de poder discricionário à Administração.

Refere a necessidade de um campo do controlo judicial dos atos discricionários praticados em determinadas situações de emergência ou de exceção, que respeite a esfera de ação da Administração. Admitindo, contudo, que se continuem a controlar as atuações mais graves de violação dos princípios.

Diz o Autor que não podemos afirmar o princípio da legalidade com a força habitual nestas situações, por existirem condicionantes de ordem legal que limitam a atividade administrativa. E, nesse sentido, conclui que a fundamentação dos atos administrativos praticados em situações de crise deverá ceder, havendo que ponderar entre a legalidade estrita e interesse público. Considera que se deve colocar a questão sobre até que ponto é que a legalidade pode ser limitada pela emergência, por achar que a limitação da legalidade põe em causa exigências fundamentais do ordenamento jurídico.

Compreendemos a pertinência das questões colocadas pelo Autor. Não podemos, contudo, compreender como é que sob a justificação de medidas urgentes e flexíveis por parte da Administração se possa, pura e simplesmente, admitir cedências através de uma abertura da regulação legal, como a falta de exigência de fundamentação. Tal seria um enorme risco para a justiça e para a segurança dos particulares, bem como ao efetivo exercício do direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

O Autor defende que, se tais medidas da Administração forem manifestamente desproporcionais ou injustas, não poderão deixar de ser sindicada, salientando a importância do princípio da proporcionalidade. Aspeto com o qual concordamos.

Por nós, consideramos que nestes casos o princípio da legalidade não constitui necessariamente um entrave à, cada vez mais, exigível flexibilidade e celeridade das medidas públicas e, sobretudo nestes casos, o controlo judicial não deverá ser atenuado.

O que deveria acontecer, pensamos nós, é a aprovação de um regime legal que, através de maior espectro, preveja todas essas situações, estabelecendo os requisitos de fundamentação a que, em regra, os atos administrativos, proferidos em condições normais, deverão cumprir, mas também os requisitos que, eventualmente, se justifiquem como específicos, para os atos proferidos em casos de urgência ou, nos casos que abordámos na presente tese, de atos proferidos ao abrigo de poderes concedidos à margem discricionária da Administração.

SÍNTESE CONCLUSIVA

De modo a perceber o alcance e a necessidade de uma nova perspetiva, e da perspetiva por nós defendida na primeira síntese, acerca da possível margem de sindicabilidade do âmbito dos atos administrativos proferidos ao abrigo de poderes discricionários, procurámos a análise da jurisprudência portuguesa emitida a propósito de um determinado tipo de atos discricionários, os relativos à avaliação do mérito profissional para efeitos de promoção, escolhendo o caso concreto da carreira diplomática. Tomando este caso como paradigma daquilo que também ocorre, em moldes semelhantes, noutras carreiras especiais, estruturadas por categorias, como a carreira dos militares das Forças Armadas. Carreiras onde a progressão depende de uma avaliação de mérito e, em determinados momentos, da existência de vagas, por se tratarem de carreiras onde existe uma hierarquia funcional, em que os cargos da organização se encontram associados aos postos de quem os exerce, de um modo muito distinto da carreira do regime geral da Função Pública.

Na análise das decisões judiciais que se encontram publicadas procurámos contatar quais as questões normalmente suscitadas a propósito desse tipo de atos, sobretudo sobre aquilo que seja a margem de mérito, ou a margem não vinculada.

Constatámos que nestas matérias, de avaliação do mérito individual, para a apreciação do mérito relativo entre pares e por outros pares, das mesmas carreiras, a impugnação judicial dos atos se mostra uma tarefa difícil, que é quase sempre votada ao insucesso.

Constatámos que, tratando-se de atos emitidos sobre os órgãos de topo das organizações, sobre os quais já não é possível uma segunda instância administrativa, por já não haver lugar a recurso hierárquico, é raro surgirem questões de maior profundidade, além das questões relacionadas com a fundamentação da matéria de facto. Não chegam a ser apreciadas questões que também são determinantes do sentido do ato, por se considerar que já integram a margem do mérito discricionário da Administração, perante a qual é atendido o princípio da separação de poderes.

Além de casos pontuais de alegação de vícios como o do desvio de poder ou o de erro grosseiro, não se mostra comum que o tribunal se pronuncie para além da verificação dos requisitos de fundamentação do ato, como também não é comum que os particulares suscitem questões de maior alcance, para além da fundamentação.

Mas esta parece-nos uma realidade a que, no futuro, não poderá ser alheia a evolução do Direito Administrativo e a própria concretização do princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva, perante a qual se deverá equacionar o avanço da mera anulação para a plena jurisdição.

Entretanto a evolução doutrinária sobre o princípio da legalidade e a reforma do procedimento, que trouxe novos princípios gerais da atividade administrativa, ou a positivação de princípios como o da boa administração, constituem um outro avanço no mesmo sentido, do alargar de horizontes quanto à impugnabilidade do mérito dos atos discricionários.

Esse avanço, ou incremento do âmbito de impugnação de tais atos, mostra-se adequado e exigível.

Mas, para que tal seja possível impõe-se uma maior exigência quanto à fundamentação deste tipo de atos. A tutela jurisdicional efetiva sobre os atos discricionário, pelo menos, deverá impor um incremento dos parâmetros da fundamentação sobre este tipo de atos.

O ato discricionário deverá permitir conhecer não só a aferição do modo como os factos foram analisados à luz dos critérios estabelecido pela Administração, dentro dos parâmetros expressamente permitidos pela norma habilitante, mas, além disso, permitir aferir se tais critérios além de cumprirem a norma habilitante, também se encontram adequados ao quadro legal em vigor, coadunam-se com os princípios gerais de Direito, nomeadamente os da atividade administrativa.

O que poderá, sempre, ser feito fora da Administração, já em sede judicial, sem que tal signifique que o juiz se tenha que substituir à Administração, formulando um novo juízo de oportunidade, podendo antes limita-se à aferição do juízo produzido, ponderando-o perante o fim da norma habilitante, segundo uma ponderação idêntica à que lhe é permitida fazer em sede cautelar, entre o interesse público e o interesse privado, ou da mesma forma que afere o desvio de poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da presente tese procurámos responder à questão colocada sobre a necessidade e possibilidade de conhecimento judicial quanto à margem de mérito ou livre decisão da Administração, no âmbito do seu poder discricionário.

A essa margem dos atos proferidos ao abrigo de poderes discricionários designamos margem discricionária, por confronto com a vinculada. Mas admitindo que não é verdadeiramente discricionária, na sua totalidade. Por isso, distinguimos, dentro dela, a discricionariedade livre, de puro mérito, onde realmente não se encontrem vinculações determinantes, e a discricionariedade condicionada, onde poderemos encontrar o fim tido em conta pela norma habilitante e todos os princípios gerais da atividade administrativa que, de algum modo, se apliquem ao exercício do ato.

Procurámos compreender até onde é que podem ser questionados os juízos de conveniência e oportunidade da Administração, perante a evolução mais recente do Direito Administrativo português.

Constatámos que o conceito de discricionariedade administrativa tem vindo a ser discutido, e de que forma o entendimento sobre os seus limites tem vindo a ser aperfeiçoado. Constatámos o modo como de um conceito que admitia a decisão administrativa para lá da legalidade, sob a remissão para normas extrajurídicas, a discricionariedade passou a ser considerado um conceito referido à liberdade de interpretação sobre conceitos vagos e imprecisos, para hoje ser entendido como um conceito que se refere à margem de concessão pela lei para que a Administração possa escolher entre os diferentes comportamentos possíveis, não um comportamento qualquer, mas um comportamento determinado, que é aquele que se mostre o mais adequado à melhor satisfação o interesse público.

Constatámos, essencialmente, que o poder discricionário deixou de ser visto como um poder ou liberdade de exceção à lei, para ser considerado um poder circunscrito pela lei. Assim como a importância da distinção entre poder discricionário e atos proferido ao abrigo desse poder.

Admitindo-se que, em rigor, não existem atos completamente discricionários, é hoje unânime que os atos discricionários da Administração não devem deixar de ser sujeitos ao controlo da legalidade, naquilo que sejam os seus aspetos vinculados, que necessariamente existem.

Mesmo sobre a margem que não se encontre legalmente vinculada, é sempre admitido um controlo administrativo. Este controlo poderá acontecer, nomeadamente, pelo próprio órgão decisor, que decida, por sua própria iniciativa ou no âmbito de uma reclamação, revogar o seu ato, dentro de condições que também se encontram legalmente estabelecidas. O mesmo poderá acontecer em sede de recurso hierárquico, pela aferição por um órgão superior da Administração, dentro da mesma pessoa coletiva pública. Nesse caso poderão estar em causa novos juízos sobre a conveniência e oportunidade da decisão, além dos possíveis juízos de legalidade.

Mas nem sempre se mostra possível o conhecimento do ato por uma nova instância administrativa, na medida em que existem atos de primeiro grau sobre os quais já não é possível recurso hierárquico, por serem proferidos por órgãos de topo da organização. As maiores dificuldades colocam-se precisamente aí, quando já não seja possível uma revisão sobre o mérito, não vinculado do ato, sem que o administrado tenha a quem recorrer dentro da Administração. Questão de que os tribunais também só poderão conhecer sem ferir os limites da separação de poderes.

Por isso, em cada caso concreto, importará sempre saber até onde é que vai a livre margem de decisão do ato discricionário, a conveniência e oportunidade do ato discricionário e até onde é que os tribunais poderão conhecer dessa margem do ato. Saber em que medida é que os juízos de conveniência e oportunidade proferidos pela Administração se encontraram vinculados através dos princípios gerais da atividade administrativa, e em que medida é que o tribunal os deverá conhecer.

É certo que hoje se admite que a Administração não pode deixar de respeitar o fim de interesse público ínsito na norma habilitante da discricionariedade, nem de respeitar as vinculações impostas pelos princípios gerais da atividade administrativa. Não se podendo falar de uma vontade livre do poder discricionário, mas de uma vontade normativa.

É certo que há, de facto, uma vontade normativa e esta é, cada vez mais delimitada pelos princípios gerais da atividade administrativa.

E é certo que a reforma do Direito Administrativo português, protagonizada pela reforma do contencioso, através da aprovação do ETAF e do CPTA, entretanto acompanhada pela aprovação do novo CPA, constituiu uma mudança que há muito era pugnada e considerada indispensável, a qual representou um avanço na proteção dos

direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados, e da sua tutela jurisdicional.

Quanto ao nosso caso de estudo, sobre a jurisprudência proferida acerca de atos de apreciação do mérito profissional para a progressão na carreira diplomática, constatou-se que a, impugnação deste tipo de atos se mostra muitas vezes reduzida ao conhecimento sobre a fundamentação do ato. Não se constatou o suscitar de alegações acerca da violação de princípios como os da proporcionalidade ou boa administração, por exemplo.

Até porque a separação de poderes imposta perante os tribunais tem conduzido à falta de discussão perante questões de fundo, já consideradas dentro da margem do mérito discricionário da Administração, caso não sejam invocados vícios como os do erro grosseiro ou o do desvio de poder, cuja prova se mostra, muitas vezes, complexa.

Cremos que, o nosso caso de estudo não é exceção, porque até agora, se tem revelado pouco provável que os administrados suscitem questão para além da conformidade da matéria de facto a ser dada como provada e também é pouco provável que os tribunais se pronunciem para além da verificação desses factos.

Entretanto a evolução doutrinária sobre o princípio da legalidade e a reforma do procedimento, que permitiu a regulação de outros princípios gerais da atividade administrativo, como o da boa administração, constituem um avanço, que nos parece permitir o aumento do espetro da impugnabilidade do mérito dos atos discricionários.

E esse avanço, ou incremento do âmbito de impugnação de tais atos mostra-se exigível e, realmente, necessário, perante as exigências de tutela jurisdicional efetiva.

Mas, para que tal se possa concretizar impõe-se, pelo menos, uma maior exigência quanto à fundamentação destes atos, naquilo que for a margem de liberdade para a prossecução do melhor interesse público.

O ato discricionário deverá permitir conhecer não só a aferição do modo como os factos foram analisados à luz dos critérios estabelecido pela Administração, dentro dos parâmetros permitidos pela norma habilitante, mas, além disso, permitir aferir se tais critérios além de cumprirem a norma habilitante, também se encontram adequados ao quadro legal em vigor, coadunam-se com os princípios gerais da atividade administrativa.

Como concluímos na primeira síntese, não consideramos a existência de uma margem nova ou de uma qualquer nova realidade do ato discricionário. Trata-se apenas de uma margem do ato que é vinculada, e sobre a qual nos parece exigível uma outra

perspetiva de aferição, uma margem que sendo vinculada através dos princípios gerais da atividade administrativa pode suscitar questões que são de legalidade, justificado a sua aferição em sede judicial.

Margem que, por isso mesmo, deverá constituir um fator de maior exigibilidade sobre a decisão discricionária. Sendo, precisamente, essa margem que acaba por delimitar o que possa ou não ser entendido como margem de mérito puro.

Por apurar ficaram uma série de outras questões, que sugerimos para investigações futuras. A aferição sobre o cumprimento princípio da boa administração, por exemplo, poder-nos-ia levar a equacionar a impugnabilidade deste tipo de atos perante aquilo que já se encontre definido em cada organização sobre a sua visão, missão e valores, através dos instrumentos de planeamento estratégico, introduzidos na Administração Pública portuguesa, a partir da adoção de diversas políticas públicas de gestão estratégica por objetivos. Admitindo-se a possível aferição do cumprimento do princípio da boa administração através da prova sobre decisão de prossecução do fim público, em cada caso, considerando, nomeadamente, o fim público visado na definição da visão, missão e valores, enquanto âmbito de vinculação pela própria organização.

Por apurar também ficou aquilo que consideramos a possibilidade de inovação no ordenamento jurídico português, sobre a impugnação dos atos discricionários da Administração, quando sobre eles não exista a possibilidade de aferição numa sede diferente do decisor, carecendo de um nível de uma decisão que possa conhecer em segundo grau dentro da Administração. Trata-se da ponderação sobre a possibilidade de atribuição dessa competência a uma entidade distinta e independente, eventualmente o Provedor de Justiça, por ser um órgão independente face à Administração, ou um novo órgão, instituído com competências próprias para o efeito. Possibilidade que, na primeira hipótese, certamente, exigiria a atribuição legal de poderes mais reforçados por parte da Provedoria de Justiça, de forma. O que seria uma solução, certamente, muito inovadora, da qual não conhecemos qualquer paralelo nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, mas que consideramos ser uma possibilidade séria, que merece ser equacionada.

A comparação com os debates e as soluções atuais da doutrina e da lei estrangeiras teriam, certamente, sido uma mais-valia, enriquecedora do presente trabalho, mas que, lamentavelmente, para já, aqui não lográmos desenvolver.

BIBLIOGRAFIA⁵⁰

ANDRADE, José Carlos Vieira de, 2000. *Âmbito e Limites da Jurisdição Administrativa*, in AA/VV, A Reforma do Contencioso Administrativo - O Debate Universitário (Trabalhos preparatórios), I, Coimbra, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, 2007. *O Dever da Fundamentação Expressa de Atos Administrativos*, Almedina, Coimbra.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, 2013. Os poderes de cognição do juiz no quadro do atual processo administrativo de plena jurisdição, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 101, Centro de Estudos Jurídicos do Minho- CEJUR, Braga, pág. 37-44.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, 2015. *A Justiça Administrativa*, 14.º edição, Almedina, Coimbra.

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade, 1986. *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português» in Contencioso Administrativo*, Braga.

AROSO DE ALMEIDA, Mário, 2004. O Novo Regime de Processo nos Tribunais Administrativos, 3ª edição, Almedina.

AROSO DE ALMEIDA, Mário, 2016. Manual de Processo Administrativo, 2.ª edição, Almedina, Coimbra.

AYALA, Bernardo Diniz de, 1995. *O défice de controlo judicial da margem de livre decisão administrativa: considerações sobre a reserva de administração, as componentes, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa*, Lex.

BLANCO DE MORAIS, Carlos, 2012. A impugnação dos regulamentos no Contencioso Administrativo Português in *Temas e Problemas de Processo Administrativo*, 2.ª Edição Revista e Atualizada, Coordenação de Vasco Pereira da Silva, pág.135-186, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, 2000. *A Reforma do Contencioso*

⁵⁰ Optou-se por fazer as referências bibliográficas em nota de rodapé, referindo aqui toda a bibliografia consultada para o aprofundamento do estudo.

Administrativo: debate público, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 19, n.º 20, n.º 21, n.º 23, 2000, Centro de Estudos Jurídicos do Minho- CEJUR, pág. 3-6, pág. 3-11, pág. 3-15, pág. 3-11.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, 2006. *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Almedina, Coimbra.

CADILHA, Carlos, 2010. *Os poderes de pronúncia jurisdicionais na Ação de Condenação à Prática de Ato Devido e os Limites Funcionais da Justiça Administrativa*, in Estudos de Homenagem ao Professor Sérvulo Correia, coordenação de Jorge Miranda, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2.v., pág. 161-223.

CAETANO, Marcello, 1973. *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.^a edição, Almedina, Coimbra.

CAETANO, Marcello, 1977. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro.

COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe e MORENO, Sáinz, 2005. *O acto no contencioso administrativo: tradição e reforma*, colóquio Luso-Espanhol, coordenadores Colaço Antunes, Sáinz Moreno, Almedina, pág. 340 p.

COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe, 2002. *Interesse Público, proporcionalidade e mérito: Relevância e autonomia processual do princípio da proporcionalidade*, in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, organizado por Rui Manuel de Moura Ramos. *et al.*, Almedina, 2.v., pág. 539-575.

COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe, 2006. *A Teoria do Ato e a Justiça Administrativa _ o novo contrato natural*, Almedina.

COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe, 2012. *A ciência jurídica administrativa: noções fundamentais* / Luís Filipe Colaço Antunes, com a colaboração de Juliana Ferraz Coutinho, Almedina.

COLAÇO ANTUNES, 2011. *O mérito, esse objecto jurídico não identificado*, in Revista do Ministério Público, Lisboa, Ano.32, n.º 128, p.83-116.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, 2001. *Da Sede do Regime de Responsabilidade Objetiva por Normas Emitidas no Desempenho da Função Administrativa*, in Separata

da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 61 III.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, 2003. *O Recurso Contencioso, in Reforma do Contencioso Administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*, Ministério da Justiça, Coimbra Editora.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, 2005. *Direito do Contencioso Administrativo*, Lex, Lisboa.

COSTA, António Augusto, 2012. A Erosão do Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra CEDIPRE Online, disponível em https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_12.pdf.

DUARTE, Maria Luísa, 1987. A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados, contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade, Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n.º 370, pág. p.35-74.

EGÍDIO, Mariana Melo, 2015. Discricionariedade Judicial e Interesse Público no Contencioso Administrativo Português, in *Estudos de Homenagem a Rui Machete*, Almedina.

EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme, 1978. Administração Pública e Controlo Judicial, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3845 (dezembro 1994), Coimbra Editora, , pág. 226-233.

EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme, 1981. Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LVII, pág. 168-190.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, 1986. A Impugnação e Anulação Contenciosas dos Regulamentos, Revista de Direito Público, Ano I, n.º 2, pp. 26-51.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário; e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, 2006. Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Anotado, Volume I, Almedina.

FREITAS DO AMARAL, Diogo, 2016. Curso de Direito Administrativo, Volume II, 3.ª edição, Almedina, Coimbra.

FREITAS DO AMARAL, Diogo, 2017. Discricionariedade Administrativa e Prudente Arbítrio do Juiz, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Cândido de

Oliveira, Almedina, Coimbra.

LANCEIRO, Rui Tavares, 2016. *A Condenação à Não Prática de Atos Administrativos*, Comentários à revisão do CPTA e do ETAF 2.^a edição, AAFDL Editora, pág.425-458.

LEITÃO, Alexandra, 2016. *A condenação à Prática de Ato Devido no Novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos: Âmbito, Delimitação e Pressupostos Processuais*, Comentários à revisão do CPTA e do ETAF 2.^a edição, AAFDL Editora, pág. 405-424.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, 2012. *A Discricionariedade Administrativa: Reflexões a Partir da Pluridimensionalidade da Função Administrativa*, in *O Direito* n.º 144, pág. 599-651.

NOVAIS, Jorge Reis, 2019. *Princípios Estruturantes do Estado de Direito*, Almedina, pág.219-267.

OTERO, Paulo, 2000. *Reforma do Contencioso Administrativo Trabalhos Preparatórios*, Volume I, Coimbra Editora.

OTERO, Paulo, 2003. *Legalidade e Administração Pública, o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina.

PIÇARRA, Nuno, 1990. *A Reserva de Administração*, in *O Direito*, Lisboa, Ano.122.^a n.º II (Abr.-Jun.1990), n.º III-IV (jul.-dez.1990), pág. 325-353, pág. 571-601.

PEREIRA DA SILVA, Vasco, 2000. *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, 2.^a edição, Almedina.

PEREIRA DA SILVA, Vasco, 2008. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2.^a edição, Almedina.

PEREIRA DA SILVA, Vasco, 1996. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, 2.^a edição, Almedina.

PEREIRA DA SILVA, Vasco, 1989. *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*, Almedina.

PORTOCARRERO, Maria Francisca, 1998. *Discricionariedade e Conceitos*

Imprecisos: Ainda Fará Sentido a Distinção, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 10, p. 26-46, Centro de Estudos Jurídicos do Minho-CEJUR, pág. 26-46

PORTOCARRERO, Maria Francisca, 2007. Aferição Judicial ab extra da Legalidade do exercício administrativo discricionário _ posição de princípio _ Acórdão STA 6.12.2006 – P.881/06, anotado, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 66, Centro de Estudos Jurídicos do Minho-CEJUR, pág. 34-52

PORTOCARRERO, Maria Francisca, 2007. *Reflexões sobre os poderes de pronúncia do Tribunal num novo meio contencioso: a ação para a determinação da prática de ato administrativo legalmente devido: na sua configuração no Art.71º. do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a.67 n.º1, pág. 341-420

QUEIRÓ, Afonso, 1948. *O Poder Discricionário da Administração*, 2.ª ed., 1948, Coimbra Editora.

RAIMUNDO, Miguel Assis, 2015. *Os Princípios no Novo CPA e o Princípio da Boa Administração, em Particular*, in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, coordenação de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves, Tiago Serrão, Reimpressão, AAFDL Editora, pág. 151-188.

SALGADO DE MATOS, André, 2004. A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade, contributo para o estudo das relações entre a Constituição, a lei e a Administração Pública no Estado Social de Direito, Almedina.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel, 2008. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Âmbito do Controlo Jurisdicional, anotação ao Acórdão do STA, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 70, Centro de Estudos Jurídicos do Minho-CEJUR.

SOUSA, António Francisco, 1987. *A Discricionariedade Administrativa. Origem e Evolução Histórica no «Sistema Continental Europeu». Estado atual dos reconhecimentos científicos. Considerações para o estreitamento e clarificação do conceito de discricionariedade administrativa*, Editora Danúbio, Lisboa.

SOUSA, António Francisco, 1994. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, Almedina.

VEIGA E MOURA, Paulo, 2012. *Avaliação do Desempenho na Administração*

Pública. Comentário à Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro., 1.ª edição, Coimbra Editora, pág.307.

Tabela Apêndice A – Jurisprudência Seleccionada sobre a Progressão na Carreira Diplomática.

TRIBUNAL	SUMÁRIO
<p>P. 28630 STA 07.07.1992</p>	<p>O vício de "desvio de poder", como vício subjetivo que é, tem de reportar-se sempre e só à intenção do agente de subverter o fim legal, competindo ao interessado convencer o tribunal de que o órgão administrativo, ao escolher discricionariamente essa dada conduta se determinou exclusiva ou principalmente pelo fim ilegal.</p> <p>O vício de erro nos "pressupostos de facto" tem como ponto necessário de referência realidades materiais concretas, o que exclui a apreciação de eventuais erros inerentes a juízos de valor que sobre as mesmas hajam sido emitidos pela Administração.</p> <p>Na formulação do juízo acerca do cumprimento do dever legal da fundamentação dos atos, há que concatenar a utilização da margem de livre apreciação, eventualmente conferida pela lei ao órgão administrativo decidente, com o alargamento que se vem experimentando - e se deseja - do controlo jurisdicional de tais atos, a reclamar um maior grau de exigência de densidade fundamentadora formal, designadamente quanto à expressão clara dos motivos.</p> <p>A circunstância de, em tal domínio, serem restritos os espaços de controlo pelos tribunais, mormente quando se trate da emissão de juízos de carácter técnico ou de avaliação das capacidades pessoais, não dispensa a declaração inteligível das razões da decisão, as quais se não destinam apenas a habilitar o destinatário a optar conscientemente pelo exercício ou pela abstenção do exercício do seu direito ao recurso contencioso, mas também a assegurar a reflexão e ponderação decisórias, a transparência e o autocontrolo da Administração.</p> <p>Tendo-se o júri circunscrito, na respetiva deliberação, a remeter, de forma mecânica, para os critérios e fórmulas legais, e a concluir por uma notação individual global para cada candidato sem, por um lado, haver procedido à integração e substanciação fáctica de tais critérios e sem, por outro lado, haver explicitado o processo lógico conducente a tal</p>

	<p>notação classificativa, o ato de graduação em mérito relativo dos diversos candidatos <u>não se encontra devidamente fundamentado pelo que o ato governamental homologatório de tal deliberação enferma de vício de forma.</u></p>
<p>P.27860 STA 19.12.91</p>	<p>No domínio do DL n.º 47331, de 23/11/66, na redação dos DL n.ºs. 469/79, de 13 de dezembro, e 206/89, de 21 de maio, era um ato preparatório, aliás não previsto na lei, no processo de promoção de pessoal diplomático, o despacho ministerial de homologação de lista elaborada pelo Conselho do Ministério para promoção de funcionários, não sendo, por isso, constitutivo de direitos.</p> <p>No caso de votação nominal dos membros de um órgão coletivo, a respetiva ata expressa o voto de cada um desses membros e o respetivo sentido quando identifica todos os votantes e consigna que a deliberação foi tomada por consenso destes.</p> <p><u>Está viciada, por falta de fundamentação</u> que também inquina o despacho ministerial que a homologou, a deliberação do Conselho do Ministério dos Negócios Estrangeiros. que, em processo de promoção a conselheiro de embaixada, nos termos do D.L. n.º 34-A/89, de 31 de Janeiro, atribui certa votação a um funcionário quanto aos seus conhecimentos e aptidão profissional, designadamente respeitantes aos cargos exercidos, e à sua aptidão para o desempenho de funções próprias da categoria superior, quando não indica qualquer elemento que tenha levado a esse juízo conclusivo.</p>
<p>P.28912 STA 01.06.1993</p>	<p>O DL n.º 146/90, de 8 de maio, confinando-se dentro dos limites da autorização legislativa conferida ao Governo pela Lei n.º 2/88, de 26 de janeiro, não enferma de inconstitucionalidade orgânica.</p> <p><u>Não está fundamentado de facto</u> o despacho que homologa deliberação classificativa, para a promoção à categoria de ministro plenipotenciário de 2 classe, que se limita a enunciar os critérios valorativos utilizados, de forma vaga e genérica e a atribuir uma notação global a cada candidato.</p>
<p>P.29000</p>	<p><u>Por falta de fundamentação</u> que também inquina o despacho</p>

<p>STA 21.12.1993</p>	<p>ministerial que a homologação, está viciada a deliberação do Conselho do Ministério dos Negócios Estrangeiros que, em processo de promoção a primeiro Secretário de Embaixada, nos termos do DL n.º 33-A/89 de 31 de Janeiro, atribui certa votação a um concorrente quanto aos seus conhecimentos e aptidão profissional, designadamente respeitante aos cargos exercidos e à sua aptidão para o desempenho de funções próprias da categoria que tenha levado a esse juízo conclusivo.</p>
<p>P.47665 STA 14.01.2003</p>	<p>A promoção dos conselheiros de embaixada a ministro plenipotenciário faz-se por mérito, entre conselheiros com mais de três anos de serviço efetivo nessa categoria com três classificações anuais de, pelo menos, APTO, sendo o seu mérito apreciado pelo Conselho Diplomático (artigos 15.º e 17.º do DL n.º 79/92, de 6 de maio, atualmente DL n.º 40-A/98, de 27 de fevereiro).</p> <p><u>Não viola o princípio da imparcialidade</u> o facto de, na mesma reunião do Conselho, terem sido fixados os critérios de avaliação e sido feita a avaliação dos candidatos promovíveis se, quando foi feita a fixação dos critérios ainda não eram conhecidos dos membros do Conselho os nomes e os currículos dos funcionários promovíveis.</p> <p>É que, neste caso, não há qualquer concurso, com apresentação de candidaturas, cujos elementos a apresentar possa ser influenciado pelos critérios de avaliação, pelo que não é obrigatória a divulgação desses critérios, apenas havendo que, para impedir que essa fixação possa vir a ser moldada pelos dados pessoais daqueles (em violação do princípio da imparcialidade), a sua fixação seja anterior àquele conhecimento.</p>
<p>P.1208/04 STA 29.09.2005</p>	<p>A fixação dos critérios de avaliação do mérito dos interessados, no procedimento instaurado com vista à promoção de Conselheiros de Embaixada a Ministro Plenipotenciário, insere-se no domínio da denominada “discrecionabilidade técnica do Conselho Diplomático”, baseada na experiência pessoal e profissional dos seus membros.</p> <p>A ponderação da “Integração em gabinetes de membros do Governo ou desempenho de funções junto de outros Órgãos de Soberania” no âmbito das qualidades profissionais dos Conselheiros de Embaixada,</p>

	<p>dentro dos fatores relacionados com a experiência profissional adquirida em cargos ou funções desempenhadas, não envolve a utilização de critério manifestamente desadequado ou inaceitável.</p> <p><u>O êxito da arguição do vício de desvio de poder depende da prova do desvio do fim</u>, não bastando a mera invocação abstrata do mesmo.</p>
P.478/10 STA 28.09.2010	<p>O ato administrativo de homologação da lista de promoções a Ministro Plenipotenciário, com precedência de concurso, aberto ao abrigo do disposto no art. 19º do DL nº 40-A/98, de 27 de fevereiro, está incluído no universo dos atos sujeitos ao imperativo legal de fundamentação.</p> <p>Tal ato de homologação <u>não está suficientemente fundamentado quando se limita a enunciar os vetores e fatores de avaliação ponderados na avaliação curricular, sem menção dos critérios utilizados para o efeito</u>, de modo que os candidatos ficam sem conhecer não só os motivos da respetiva notação, mas também os fundamentos da notação dos outros opositores ao concurso.</p>
P.0654/11 STA 06.11.2012	<p>A promoção a embaixador só pode ser realizada pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros desde que se verifiquem os seguintes requisitos vinculados: (i) existência de vaga; (ii) existência de ministros plenipotenciários que tenham cumprido quatro anos de serviço na respetiva categoria e um mínimo de oito anos nos serviços externos»; (iii) audição prévia do secretário-geral do ministério (artigo 20.º, n.ºs 1 e 2 do Estatuto da Carreira Diplomática, aprovado pelo DL n.º 40-A/98, de 27/2); Verificados estes requisitos, realiza essas promoções «com base na apreciação das qualidades do funcionário e dos serviços prestados» (artigo 20, n.º 2), o que significa exigência de fundamentação.</p>
P.12/11 STA 28.02.2012	<p>A promoção a embaixador só pode ser realizada pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros desde que se verifiquem os seguintes requisitos vinculados: (i) existência de vaga; (ii) existência de ministros plenipotenciários que tenham cumprido quatro anos de serviço na respetiva categoria e um mínimo de oito anos nos serviços externos»;</p>

	<p>(iii) audição prévia do secretário-geral do ministério (artigo 20.º, n.ºs 1 e 2 do Estatuto da Carreira Diplomática, aprovado pelo DL n.º 40-A/98, de 27/2);</p> <p>Verificados estes requisitos, realiza essas promoções «com base na apreciação das qualidades do funcionário e dos serviços prestados» (artigo 20, n.º 2), <u>o que significa exigência de fundamentação</u>.</p>
P.621/10 STA 15.11.2012	<p>De acordo com o preceituado no art.º. 20º, n.º 2, do ECD (DL 40-A/98, de 27.2), artigo que trata da promoção à categoria de Embaixador, “As promoções são realizadas pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros, com base na apreciação das qualidades do funcionário e dos serviços prestados, ouvido o secretário-geral, e só podem ter lugar quando se verifique a existência de vagas na categoria”.</p> <p>Assim, verificados os requisitos vinculados ali previstos, o Ministro dos Negócios Estrangeiros realiza as promoções a Embaixador com base nas “qualidades do funcionário e dos serviços prestados”, o que <u>significa exigência de fundamentação</u>.</p>
P.478/10 STA 28.09.2010	<p>O ato administrativo de homologação da lista de promoções a Ministro Plenipotenciário, com precedência de concurso, aberto ao abrigo do disposto no art.º 19º do DL nº 40-A/98, de 27.2, está incluído no universo dos atos sujeitos ao imperativo legal de fundamentação.</p> <p><u>Tal ato de homologação não está suficientemente fundamentado</u> quando se limita a enunciar os vetores e fatores de avaliação ponderados na avaliação curricular, sem menção dos critérios utilizados para o efeito, de modo que os candidatos ficam sem conhecer não só os motivos da respetiva notação, mas também os fundamentos da notação dos outros opositores ao concurso.</p>
P.621/10 STA 23.02.2012	<p>A promoção a embaixador só pode ser feita, pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros, desde que se verifiquem os seguintes requisitos vinculados: (i) existência de vaga; (ii) existência de ministros plenipotenciários que tiverem cumprido quatro anos de serviço na respetiva categoria e um mínimo de oito anos nos serviços externos»; (iii) depois de ouvir o secretário-geral do ministério (art.º. 20.º, n.ºs 1 e</p>

	<p>2 do Estatuto da Carreira Diplomática, aprovado pelo DL n.º 40-A/98, de 27/2).</p> <p>Verificados estes requisitos, efetua essas promoções com base na apreciação das qualidades dos ministros plenipotenciários e dos serviços por eles prestados, apreciação para a qual lhe é atribuída discricionariedade pura, total liberdade de escolha, tendo em conta a específica natureza da atividade dos embaixadores, a mais alta categoria da carreira diplomática, e aos quais compete chefiar as mais importantes missões diplomáticas (artigo 40.º, n.º 1, do Estatuto), executando a política externa do Estado, a defesa dos seus interesses no plano internacional e a proteção, no estrangeiro, dos direitos dos cidadãos portugueses (artigo 4.º do Estatuto).</p> <p><u>Essa promoção é efetuada por decreto (artigo 24.º da Lei Orgânica do Ministério dos Negócios Estrangeiros, aprovada pelo DL n.º 204/2006, de 27 de Outubro), não integrando esse ato o universo dos atos administrativos sujeitos a fundamentação, pois que a lei não reconhece aos ministros plenipotenciários que satisfaçam os requisitos legalmente estabelecidos qualquer direito à promoção a embaixador ou mesmo qualquer interesse legalmente protegido, mas apenas a mera expectativa de o serem.</u></p>
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Tabela Apêndice B - Jurisprudência Seleccionada sobre Promoções por Escolha dos Militares das Forças Armadas.

TRIBUNAL	SUMÁRIO
P.5356/01 TCAS 28.06.2007	<p>Das disposições conjugadas dos art.º 217º alínea a), 52º e 80º do Estatuto dos Militares das Forças Armadas, do art.º 4º da Portaria n.º 21/94, de 8 de Janeiro, e do n.º 7 do art.º 18º do Regulamento de Avaliação de Mérito dos Militares do Exército, resulta que sempre que o entendam justificado - e não apenas em casos excepcionais -, os Conselhos das Armas e dos Serviços podem alterar a hierarquia de mérito dos candidatos à promoção ao posto de coronel.</p> <p>A solução legal, resultante destes preceitos, é a de graduar os candidatos de acordo com o critério dos Conselhos das Armas e dos Serviços que, assim, se sobrepõe embora deva assentar essencialmente na classificação individual dada por dois avaliadores.</p> <p>O Conselho, para alterar a hierarquia de mérito relativo dos candidatos à promoção, não tem de proceder a uma nova avaliação, de raiz, de todos os candidatos, mas apenas deve atender a determinados detalhes ou elementos constantes das fichas biográficas, dos registos disciplinares e das fichas de avaliação individual aos quais, na sua perspetiva, deve ser dado maior relevo e que, por isso, justificam a alteração. Tendo em conta, designadamente, algumas das funções desempenhadas e a complexidade das mesmas, comissões de serviço, cursos civis concluídos e demais elementos referidos no preceito em análise.</p> <p>Apenas se poderia concluir pela verificação do desvio de poder no caso concreto se estivesse demonstrado que os militares que ascenderam na hierarquia de mérito dos candidatos à promoção ao posto de coronel, pela avaliação do Conselho, não mereciam, claramente, o acréscimo de classificação que lhe foi atribuído, ou seja, a existência de erro grosseiro ou utilização de critérios manifestamente desajustados. E que tinham sido beneficiados, por exemplo, por preferências pessoais, por opções político partidárias, ou para fazer prevalecer outro critério que não o da qualidade profissional, como seja a antiguidade.</p>

<p>P.5098/00 TCAS 20.01.2005</p>	<p>Definindo o art.º 117º nº 1 al. a) e d), do EMGNR como forma de verificação das condições gerais de promoção, avaliações periódicas e outros documentos constantes do processo individual, a Portaria que se refere ao uso do modelo de folha informativa não contraria o EMGNR, não implicando a sua aplicação qualquer violação da lei.</p> <p>A fundamentação do ato administrativo traduz-se na indicação dos motivos de facto e de direito que determinam a decisão da Administração, sendo suficiente se o interessado puder conhecer os factos e as razões jurídicas invocadas.</p> <p>Nos casos em que o ato administrativo é praticado no uso de poderes avaliativos ou valorativos, a falta de fundamentação só pode ser imputada à deficiente indicação dos factos subjacentes a tais juízos.</p>
<p>P. 6039/02 TCAS 08.07.2004</p>	<p>A promoção ao posto de Sargento-chefe é feita por escolha, o que significa que a antiguidade é um mero elemento a ter em conta nessa escolha e não um critério decisivo.</p> <p>Tendo o recorrente sido devidamente avaliado, nos termos do Regulamento de Avaliação de Mérito dos Militares do Exército, aprovado pela portaria 361-A/91, de 30.10 e baseando-se a promoção por escolha no mérito do militar e aptidão para o desempenho das funções inerentes ao cargo, constituindo a antiguidade apenas uma das bases do sistema de avaliação, o ato recorrido não se encontra eivado do vício de violação de lei.</p>